

(فهرس العماد شرح الهداية)

| | |
|--|--|
| باب كفالة العبد وعتقه ٣٠٩ | كتاب البيوع |
| كتاب الحرائق (٣١٢) | فصل ومن باع دارا ٢٠ |
| كتاب ادب القاضي ٣٢١ | باب خيار الشرط (٣٠) |
| فصل في الخمس ٣٣٥ | باب خيار الرؤية ٥١ |
| كتاب القاضي القاضى ٣٣٩ | باب خيار انيب ٦٣ |
| فصل آخر ٣٤٨ | باب السع العاسد ٨٨ |
| باب التحكيم ٣٥٨ | فصل في احكام ١٢٢ |
| مسائل شتى من كتاب القضاء ٣٦٢ | فصل في هاية ١٣٥ |
| فصل في القضاء بالمواريث ٣٧١ | باب الاقالة ١٣٩ |
| فصل آخر ٣٧٤ | باب المراجعة ونوايه ١٤٥ |
| كتاب الشهادات ٣٨٧ | فصل من انه يرى ستة اعمدات في الاحكام ١٤٥ |
| فصل وما ينجم له الشاهد ٣٩٩ | باب الرضا ١٥٣ |
| باب من نقل شهادته ومن لا نقل ٤٠٥ | باب الاحتج في ١٥٥ |
| باب الاختلاف في الشهادة ٤٢٢ | فصل في بيع المولى ١٩١ |
| فصل في الشهادة على الارث ٤٣٢ | باب السام ٢٠١ |
| باب الشهادة على الشهادة ٤٣٣ | مسائل مسورة (٢٣٠) |
| هد الزور (٤٤٠) | كتاب اتعرف ٢٣٩ |
| عن الشهادة ٤٤٢ | كتاب الخلفاء ٢٥٧ |
| البيع والسراء | فصل في اتان ٢٩١ |
| فصل في الشراء | باب كفالة ارحان ٣٠٥ |

(فهرس العناية شرح الهداية)

| | | | |
|-----------------------------------|-----|--------------------------------|-----|
| باب اقرار المريض | ٦٠٨ | فصل في التوكيل بشراء نفس العبد | ٤٨٣ |
| فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله | ٦١٤ | فصل في البيع | ٤٨٧ |
| كتاب الصلح | ٦١٧ | فصل في وكالة الاثنين | ٤٩٥ |
| فصل الصلح بخائن عن دعوى الاموال | ٦٢٣ | باب الوكالة بالخصومة والقبض | ٥٠٠ |
| باب التبرع بالصلح والتوكيل به | ٦٣١ | باب عزل الوكيل | ٥١٢ |
| باب الصلح في الدين | ٦٣٣ | كتاب الدعوى | ٥١٨ |
| فصل في الدين المشترك | ٦٣٧ | باب اليمين | ٥٢٤ |
| فصل في التخارج | ٦٤٣ | فصل في كيفية اليمين والاستحلاف | ٥٣٤ |
| كتاب المضاربة | ٦٤٦ | باب النحالف | ٥٣٧ |
| باب المضارب يضارب | ٦٤٨ | فصل في من لا يكون خصما | ٥٤٣ |
| فصل واذا شرط المضارب | ٦٥٠ | باب ما بدعيه الرجلان | ٥٤٦ |
| فصل في العزل والقسمية | ٦٥١ | فصل في الشنازع بالايدي | ٥٧٣ |
| فصل في ما يجعله المضارب | ٦٥٤ | باب دعوى النسب | ٥٧٨ |
| فصل آخر | ٦٦٩ | كتاب الاقرار | ٥٨٩ |
| فصل في الاختلاف | ٦٧١ | فصل | ٥٩٦ |
| | | باب الاستثناء وصافي معناه | ٥٩٨ |

بسم الله الرحمن الرحيم

كذا باب البيوع
 ما ورد من ذكر ابراع حقوق الله تعالى ذكر بعض حقوق العباد من ربح في بيان ما بقي منها *
 وذكر البيوع بعد الوصف لان كلامه ما يزدل للمالك * والبيع في اللغة مبادل المال بالمال
 يزدل عليه في الشئ قليل حرم ادائه المال بالمال بالنراضي بطريق الاكساب *
 وهو من الاء ان يند راعدا لاجل ان يدع اسمي اذا شره او اشترى ان يدع اسمي ببيع ماله *
 ولا يستعمله على الابراع الزبي ذكر ما يعود * وحوار ادت ذلك ادب بقول الله تعالى
 راحل الله السع وحرّم الربوا * واصلى الا على واصلى الناس بنائين
 فقرروهم على ذلك والتقربوا لوجه الله * والاحماع فاسلم سكرة احد من المائين
 وغرام * وبالمعقول وهو سبب سرعته فان تغلب النفاء المعقد ورد ما يدل على ذلك
 ويدل على ذلك في الغرر * وركبه الاجاب والقبول او ما دل على ذلك * وشرطه
 من جهة المعاد من العمل والتميز * ومن جهة المحل كونه مالا منقوما مقدورا للتسليم *
 وحكمه اودد المالك به والغدرة على التصرف في المحل * وادد سكال به صرف المسري
 في البيع * والتميز بالبيع فانه مبيع مع كونه مالا لان ذلك التصرف ليس بشري
 سلطان * اي عا * اي واصلى عن بيع ما لم يقصدها والمقصود من شريه البيع *

(كتاب البيوع)

وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن * وأنواعه باعتبار المبيع أربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين ويسمى مطلقاً وبيع الدين بالدين اعني الثمن بالثمن كببيع النقدين ويسمى صرفاً وبيع الدين بالعين ويسمى سلماً * وباعتبار الثمن كذلك * المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسبأني تفسيرها * **قوله** البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد هنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل * والايجاب الاثبات وسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجاباً لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولاً ولاحفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجاباً والمتأخر قبولاً * وشرط ان يكون الايجاب والقبول بلنظيرين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعته والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به * اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لامحالة * واما كونه تصرفاً فلان الكلام في البيع شرماً * واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلتقى الامور التي لا يكون الامنه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغنى في الانشاء فيعتقد به

تقريب كلام الشيخ رح * ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلنظير الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر * **قوله** ولا ينعقد بلعطين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الاعتقاد بمليده * ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب الباع كان عدة لا يباع وان كان من جانب المبتاع كان مساومة * قيل هذا اذا كان اللفظان واحدهما مستقبلاً وبدون نية الايجاب في البيع * واما اذا كان المراد ذلك فيعتقد البيع واستند ذلك الى تحفة الانتهاء وشرح الطحاوي * ثم قيل في تعامد الان في صيغة الاستقبال تحصيل الحال فصحت النية

(كتاب البيوع)

فصحت النية * وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز * وفيه بحث
لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع
ان * زاد اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال
سير * يحتمل عدم مصادفتها المحل * وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز
ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في الاحتمالات لا في الموضوعات
الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به
لما مر من الاثر والمعقول * لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل
وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة
لان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر المنقول *
فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي * فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال
في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية *
قوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر
زوجتك انعقد به ودعه والعرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالكاح والواحد يتولى
طرفي النكاح * **قوله** وقوله رضيت او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ
بعث واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال
رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت
اي المبيع بذلك الثمن انعقد لا فاده المعنى المتصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك
بكذا فقال خذ يعني بعث بذلك فخذها لانه امره بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع
فقد ربيع اقتضاء * فصار كل ما يؤدي معنى ريت سواء في انعقاد البيع
به لان المعنى هو المعبر في هذه العقود وقيدة بذلك لان عن العقود قد يحتاج الى اللفظ
ولا ينعقد بدونه كما في المناوضة اذ الم بيننا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون المعنى

(كتاب البيوع)

هو المعتبر في هذه العقود بنقد البيع بالتعاطي في النقيض والخسيس لتحقيق المصود
وهو اراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينقد بالتعاطي في الخسيس
كالقبل واءناله * ثم ان محمد ارح اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي
في تحققه * **قوله** واذا اوجب اذا اقل البائع مثلاً بعتك هذا بكذا الاخر بالخيار ان شاء
فال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختاراً
في الرد والقبول لكان مجبوراً على احدى ما رأتني التراضي فما فرضناه بيعاً لم يكن
بيعاً بخلاف * واذا كان الجواب احدهما غيره فبذل للحكم بدون قبول الاخران للوجوب
ان يرجع عن الجواب لعلوه عن ابطال حق الغير * فان قيل سلماً ان الجواب احدهما
غيره فبذل للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري
باجاب البائع ويوجد حق للمشتري فلا يكون الرجوع خالياً عن ابطال حق الغير *
فالجواب ان الاجاب اذا لم يكن مفيداً للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع
وحق التملك للمشتري وان سلم نسيته باجباب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اتون
من الحق لا محالة * ولا ينعى بما اذا رجع الزكوة الى الساعي قبل التحول وان التزم
لا يقد رعى الاسترداد لعل في حق المقدر والمذموم لان حقنا الملك زالت من المورثي
فعمل الحق عمله لا نشاء ما هو ادوى منه * **قوله** انما يدلى آخر المجلس بجوز
ان يكون جواباً عما قال من وجه اختصاصه به ان الرد والقبول للمجلس ولم الادبال الاجاب
عقيب خفيه عن العمل او لا يوفى على ساوواء الجاس * وقد رد الجواب ان في ابطال
قبل انتم الجاس سراداً لمسرري وفي ابتداءه فمما وراء الجاس * انما يدلى في الترتيب
داني الجاس سراداً لمسرري * وادجاس جاء للمعروفات كما تدم في اول الاستجاب
تجملت ساعته ساداً وادى فعله ليعر ونحفظه * **قوله** ان جاز لم يكن الخلع والعنى
انما يدلى كذا في الجواب انهما اسند لاعلى اليمين من حادب الزوج والميلين

(كتاب البيوع)

والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس * **قوله** والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعثك عبدى فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعث هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقال في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر * لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب فكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذا لك الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه * **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمنون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزول الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر للبائع لا محالة * وهذا التعليل في الصورة الموضوعية صحيح * واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبد بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة * فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا * اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استيناف ايجاب لا قبولاً ورضى البائع قبولا وقال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كما في الصورة المذكورة وفي القفيزين باعها بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة * فاما اذا اضاف العقد الى عديدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتي * وان كانت الصفقة متفرقة وله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتري وبيع وشراء واتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها * واذا اتحد الجميع اتحاد الصفقة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهم بما تة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهم بما تة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بما تة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعتهم منك بما تة فقال قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة * وتفرق المبيع والنس ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد النس والمبيع بالتكرير لفظ البيع وكذا اذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجب على قول صاحبيه رح * قوله رايهما قام عن المجلس قبل التبول بطل الاجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الاجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان التيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح * فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وهما لو قال بعد التيام قبلت وجد الصريح فيترجم على الدلالة * اجيب بان الصريح اذا وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الاجاب والقبول ثم البيع وان لم يكن لواحد من العاقلين الخيار الامن عيب او عدم رؤيته خلافا للشافعي رح فانه اثبت انكلا منهما حيار المجلس على معنى ان لكل من العاقلين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضی صاحبه مالم يتدرفا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المنبايعان بالخيار مالم يتفرقا فان

(كتاب البيوع)

فإن التفرق عرض فيقوم بالجوهرو هو الابدان * ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره
وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب
قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مراداً او يحتمل ان يكون مراداً فيحمل عليه * والفرق بينهما
ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان
متبايعين بعد وجود كلاهما لان الباقي بعد كلاهما حكم كلاهما شرعاً لا حقيقة كلاهما
والكلام في حقيقة الكلام وهذا التأويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * وقوله والتفرق تفرق
الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهرة * ولتأمل ان يقول حمل التفرق على
ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق
اليهما مجازاً فيما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفريق والتفرق
الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشوا استعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى
وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ الْآيَةَ وَقَالَ لَانْفِرَقَ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ وَالمراد التفرق في الاعتقاد
وقال عليه الصلوة والسلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهذا ايضا في الاعتقاد * وفيه نظر
لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضاً كذلك * على ان ذلك يصح على مذهب
ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى
من المجاز المتعارف عنده * ولعل الاول ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة
اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المبادنة والملاسة وهو مقطوع
بفساده وهذا معنى قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * او نقول التفرق
يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللطفي ونرجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا
من اداء حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة * والتأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع)

منقول عن محمد بن الحسن ر ح * **قوله** والا عواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع الا عواض المشار اليها ثمن كانت او مشتملا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف النافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف فيه لا تقضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض نا جزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي * وهذا انما يستقيم اذا ما لم يكن الاعواض ربوية ما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا * وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيان * **قوله** والا ثمن المطلق لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة الا ثمن المطلقه عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها * والصفة ككونه بخاريا او سمرقديا لان التسليم واجب بالعقد وكلما هو واجب بالعقد يتمتع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يتمتع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع * **قوله** ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي ر ح المبيع ما يتعين في العقد * والثمن ما لا يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي ر ح في البيع وهو ثمن بالاتفاق * وقال ابو الفضل الكرمانى في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن العراء * وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن * وقيل المبيع ما يحمله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه انما يحمله العقد باعتبار قيامه مقام المفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة * والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى الثمن والمبيع الى محض ومترد * فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا النياب الموصوفة ونعت في الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها ائمان * وليس اشتراط الاجل لكونها ثمن بل ليصير ملحقا بالسلم في كونهما في الذمة * والثمن المحض هو ما خلق للنمنية كالدراهم والدنانير * والمترد بينهما

(كتاب البيوع)

بينهما كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها *
اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما النقدان فهي مبيعة وان قابلهما عين وهي
معينة فهي مبيعة واثمان ايضا لان البيع لا بد له منهما وليس احد هما اولى بان يجعل مبيعا
من الآخر فجعل كل واحد مبيعا واثما * وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة
فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنة وقد وصفها كانت ثما *
وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكربة هذا العبد كانت مبيعة ولا يصح الاسلاما
بشرطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع * واقول الاعيان ثلثة * نقود اعنى الدراهم
والدينارين * وسلع كالتياب والدور والعبيد وغير ذلك * ومقدرات كالمكيلات والموزونات
والعدييات المتقاربة * وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والنمن المحض *
وما عد اذ لك فهو متردد بين كونه مبيعا واثما والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعده * **قوله**
وموَّجِّلُ البَيْعِ بالنَّمَنِ الحَالِّ والمَوْجِّلُ جائز لأخلاق قوله تعالى واحلَّ الله البيع وحرم الربوا
ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهده رعه لكن لا بد
ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسليم فرجا
يطالبه البائع في مدة فريضة والمشتري يؤخره الى بعيدها * **قوله** ومن اطلق النمن في البيع كان
على غالب نقد البلد ومن اطلق النمن عن ذكر الصفة دون النقد كان فل اشترى
بمسرة دراهم ولم يقل بخاربا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد فان كانت
في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني
اذ كر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها
على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من السارحين رح من تصدى لذلك
على ما ينبغي * فاقول اذا ثمان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية
وفي الرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منهما

(كتاب البيوع)

بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلاً * فان كان الاول جازا البيع وانصرف
الى الاروج * وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم
والتسليم * وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريماً للجواز * وان كان الرابع
فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم * واذا عرف هذا
فقله فان كانت العقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري
افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواء هذه في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة
تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترفع الجهالة ببيان احدهم **قوله** ويجوز
او يكون احدهما غلب واروج فحكمة يصرف البيع اليه تحريماً للجواز اشارة الى القسم الاول
والى القسم الثالث لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المبدأ ومع استواء
والبيع جائز فيه **قوله** هذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعاده للتنثيل بقوله كالنسي وهو ما يكون الا ان منه
دائماً والنسي وهو يكون الدلالة منه دلتها المصري اليوم به وقد فانه بمنزلة الناصري
بيخارر والاخر عرف ان المدعي بمرغاه ونفهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم دالاً
وكل هذا احكام في البيوع المصري في الرواج **قوله** فان كانت سواء اي
في الميسري مع الاستواء في الرواج اي القسم الثاني **قوله** حاراج
اذا اعلن اسم الدرهم كذا اي المدعيون من الميسريين مع الاستواء في الرواج
التي ما يدور من الميزان وكثير من حاراج من اي نوع من حاراج الميسريين
لا لانهما زعة الاسو منهم في الرواج لا اختلاف في الميزان، وطبقه من حاراج الميسريين
فانه حصل من قوله اذا كانت مختلفة في المالية وهو بال وبقوله كالنسي اي الميسريين
فان كانت سواء وحصل من السوط درس حاراجه هو حاراج الميسريين
جازاً **قوله** ان يجزى كالمالي اي احدهما معلوماً بقوله كالمالي

(كتاب البيوع)

ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلاثة منه دانقا لا يكون في المالة سواء لكن يمكن ان يكون في الرواج سواء * هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب * **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكيلة المراد بالطعام الخنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة * وبالحبوب غيرهما كالعَدَس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكيلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئاً لا يدخل تحت الكيل فذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم * لا بد من دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث * ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئاً لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الروا * **قوله** ويجوز باء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تدعي الى المارة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل فينذر هلاك كل منهما اي من الاثاء والحجر قبل التسليم * فيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقي او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تقض الى المارة والبيع باطل * وايس بوارداً فلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا النزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد ان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلاً لمنى آخر وهو عدم المعتقد عليه لكونه غرضين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية * وروي عن ابي يوسف رح ان الجواز فيما اذا كان المكابح لا ينكبس بالكبس كالتصعة ويبرأ ما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باء جهل العذر وان كان معياراً وكذا الحجر لان التسليم فيدهم خروا الهلاك لبس بناد رقبته

(كتاب البيوع)

فيتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة رَح في رواية الحسن بن زياد أن البيع أيضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا يعتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة وظهر يعني من حيث الرواية * قوله ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل فعيز بد رهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسديد جملته انفران او بالكيل في المجلس اولا * فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملته ما فيها من انفران * وان كان الثاني فالمبيع فقير واحد عند أبي حنيفة رَح وجملته انفران كالاول عندهما *

أبي حنيفة رَح ان صرف اللظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمن جهالة تقضي الى المازدة لان البائع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم * فان قيل سلمنا انه فاسد الكن يتقلب جائزا كذا اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام * اجب بان الفساد في صاحب العقد قوي بمنع من الانذار ويتعدى بالمجلس وما ذكرتم فاسدا فيه ليس في صاحب العقد بل الامر عارض فلا يقيده بالمجلس لصدقه بظهور امره في اليوم الرابع وما ينداد ارجل * وانها ان هددت بالجهالة ازالها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع * اما ان ازالها بالادب ما ولا ينها ترتفع بكيل كل منهما * وبذلك يندادها ارجل عن البيع والرقم فانه لا يجزى لان ازالها اما بحد البائع ان كان هو الرقيم او بحد المزارع ان الرقيم غيره وعلى كل حال فلو سترى لا ينداد على ازالها * واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على

(كتاب البيوع)

علي أن المشتري بالخيار واجب لابي حنيفة رح ان القياس فيه الفساد ايضا لان الجوز باء
استحسانا بالنص معناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سياتي فيكون ثابتا بدلالة النص
والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيرة فلهذا لم يجوز ابو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسا
واستحسانا ثم اذا جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به * وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم وما اذا لم يعلم بها
فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له * وفيه بحث اما اول فلان
تفريق الصفة لو استلزم الخيار لا طرد ويس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمس مائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فهنا تفرقت الصفة ولم يوجد الخيار * واما ثانيا فان قياس قول
ابي حنيفة رح ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى
قنّام مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب
التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض
وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة رح * والجواب عن الاول انا لا نسلم
تفريق الصفة لان الشري لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باطل مما باع
قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كما اشترى قنّام ومدبر فان البيع ينصرف الى القن نقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن * وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز
واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفة
على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة رح وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل
مبيع فمن ابن التفريق * والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة رح تفريق الصفة

(كتاب البيرغ)

لأن الصيغة موضوعة للكثرة وقصد هما أيضا الكثرة وما نفعهما من شرعي من الصرف إلى الجميع
ولهذا الوعلم المقدار في المجلس صح والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة
صرف للعقد إلى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفة
الأذلك * بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب
في صدر هذا البحث عنه **قوله** وكذا إذا أكل في المجلس أو سمي جميع فقزاها يعني كان
للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لأنه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه
أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت وليس له من النمن ما يتأمله ولا يمكن
أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري
من مكان آخر وهل يوافق أولا فصاركما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات
والمعدودات المتقاربة * وأما إذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند أبي حنيفة رح
في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف إلى الواحد كما في المكيلات إلا أن التفاوت
بين السبابة موجود وفي ذلك جهالة تنضي إلى المازعة بخلاف المكيلات * وحكم المذروعات
إذا بيعت مدراعة حكم الغنم إذا لم يبين جملة الذرعان وجملة النمن وأما إذا بينهما
واحد هما كما إذا قال بعنك هذا النوب وهي عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم
أو قال بعنك هذا النوب وهي عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعنك هذا النوب
بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح أما الأولى نظاهرة وأما الثانية فلأن المعقود
عليه معلوم وجملة النمن صارت معلومة ببيان ذرعان النوب وأما الثالثة فلأنه لما سمي
لكل ذراع درهما وبيان جملة النمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت
كالخشب والأواني وأما عدد هما فهو جائز في الكل لما ملأ أي أن الجهالة بيدهما
ازالتها **قوله** ومن ابتاع صبرة إذا اشترى صبرة طعام على أنها مائة فبزمائة درهم
فلا يخلو عدد الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فإن كان الأول فذاك

(كتاب البيوع)

هَذَا كَ وَانْكَانَ الثَّانِي خَيْرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ اخْذِ الْمَوْجُودِ بِحَصْنِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَبَيْنَ الْبَيْعِ
لَتَفَرَّقَ الصَّفَقَةُ الْمَوْجِبُ لَا نَتَقَاءَ الْبَيْعَ بِانْتِقَاءِ الرِّضَى وَانْكَانَ الثَّالِثُ فَالْزَائِدُ لِلْبَائِعِ
لَا نِ الْبَيْعِ وَقَعَ عَلَى مَقْدَارٍ مَعِينٍ وَهُوَ الْمَائَةُ وَكُلُّ مَا وَقَعَ عَلَى مَقْدَارٍ مَعِينٍ
لَا يَتَاوَلُ غَيْرُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ وَصْفًا وَالْقَدْرَ الرَّائِدُ عَلَى الْمَقْدَارِ الْمَعِينِ
لَيْسَ بِوَصْفٍ فَالْبَيْعُ لَا يَتَاوَلُ فَكَانَ لِلْبَائِعِ لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ إِلَّا بِصَفَقَةٍ عَلَى حَدِّهِ وَكَذَا
إِذَا بَضِضَ الْمُشْتَرِي وَكَانَ كُلُّ مِنَ الْعَاقِدِينَ مُخَيَّرَافِيهَا إِنْ شَاءَ أَبَاشَرَاهَا أَوْ تَرَكَاهَا
وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي مَذْرُوعًا بِأَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرَعٍ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ أَوْ رِضَا
عَلَى أَنَّهُمَا مِائَةُ ذِرَاعٍ بِمَا تَفُوجِدُهَا أَقْلَ خَيْرَ الْمُشْتَرِي بَيْنَ اخْذِ الْمَوْجُودِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْمُسَمًّى
وَبَيْنَ تَرْكِهِ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصَفٌ فِي الثَّوْبِ الْمَبِيعِ وَكُلَّمَا هُوَ وَصَفٌ فِي الْمَبِيعِ لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ
مِنَ الثَّمَنِ فَالذِّرَاعُ فِي الثَّوْبِ لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ * أَمَّا أَنْهُ وَصَفٌ فَقَدْ بَيَّنَّهَ بِقَوْلِهِ الْآتِي
أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّوْلِ وَالْعَرْضِ وَهُمَا مِنَ الْأَعْرَاضِ وَأَمَّا أَنْهُ الْوَصْفُ لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ
فَقَدْ بَيَّنَّهَ بِقَوْلِهِ كَأَطْرَافِ الْحَيَّوَانِ فَإِنْ مِنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَأَعَوَّرَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ
لَا يَنْقُصُ مِنَ الثَّمَنِ شَيْءٌ فَلِهَذَا أَيْ فَلِكُونِ الذِّرَاعَ وَصْفًا لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ
يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ بِكُلِّ الثَّمَنِ بِخِلَافِ التَّصَلُّ الْأَوَّلِ * يَعْنِي الْمَكِيلَ لِأَنَّ الْمَقْدَارَ
لَيْسَ بِوَصْفٍ فَيَقَابِلُهُ الثَّمَنِ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحَصْنِهِ وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ اسْتِنَاءً مِنْ قَوْلِهِ
يَأْخُذُ بِكُلِّ الثَّمَنِ وَعَلَى هَذَا إِذَا وَجِدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَاهُ كَانَ الزَّائِدُ
لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ وَصَفٌ تَابِعٌ لِلْمَبِيعِ لَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ فَصَارَ كَمَا
إِذَا بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ أَعْمَى فَإِذَا هُوَ بَصِيرٌ * وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْئَلَةَ مِنْ أَشْكَلِ
مَسَائِلِ الْعَقَّةِ وَقَدْ مَنَعَ أَنْ يَكُونَ الذِّرَاعُ فِي الْمَذْرُوعَاتِ وَصْفًا وَالْإِسْتِدْلَالُ بِقَوْلِهِ
الْآتِي أَنَّ عِبَارَةَ عَنِ الطُّوْلِ وَالْعَرْضِ غَيْرُ مُسْتَقِيمٍ لِأَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ شَيْءٌ
طَوِيلٌ أَوْ عَرِيزٌ يُقَالَ شَيْءٌ قَائِلٌ أَوْ كَبِيرٌ ثُمَّ مَرَّةً أُخْرَى أَكْثَرٌ مِنْ تَسَعٍ لَا مَحَالَةَ فَكَيْفَ

(كتاب البيوع)

جعل الذراع الزائده وصفادون القفيز * وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني * والمكيل لا يعيب بالتبعض والمذروع يعيب وعشرة اقترعة اذا انتقص منها قفيز التسعة تشتري بالثلث الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقترعة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشتري بالثلث الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلاً اذا كان خمسة عشر ذراعاً فالخمس الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضاً * واذا عرفت هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذراع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار * فان قيل سلمنا ان الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا بقابلها شيء من النسيان فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبداً واعنته او عات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور * واجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المتصود بالتناول فانه اذا صار متصود بالتناول حقيقة كما اذا قال البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكيماً كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الموع بان كان ثوباً فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبهها بالاصل فاخذ قسطاً من النسيان فلو قال بعثتها يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية، وفيه نظر لان المبيع ان كان ثوباً لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع

(كتاب البيوع)

ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن
او ترك لان الوطف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة
ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول
وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذه بجميع الثمن لم يكن المشتري
أخذ اكل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تأتي
للشرط كما عرف في موضعه * ونوفض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون
اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة
عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد * واجيب
بان الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالتفيز
ووصف من وجه من حيث اندلايقابله شيء من الثمن كاجمال والكتابة * ثم لوجعلنا
عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية
من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين *
وفيه نظر لان قوله من حيث اندلايقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة لها
والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبرا
بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة
اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ ولانه ان حصل له الزيادة
في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرورة فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر
فيتخير ما لزم الزيادة فلما بينا ان صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط
وفيد بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع
اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر
او تسعة على ما يأتي * واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر

(كتاب البيوع)

التمس امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشرة فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة * والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبعة مجهولة جهالة تنضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك * وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وقصد البيع فحكمنا بالدخول تحريماً للجواز والقفيز الزائد ليس كذلك **قوله** ومن اشترى عشرة اذرع شري عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فالبيع فاسد عندنا بضعفة رح وعندهما هو جائز واذا كان الدار مائة ذراع واشترى عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونها عشر اخصيص الجواز باحدهما تحكم ولا يكتفي رح ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها هنا متعذرة فيصير مجازاً لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلاً حسياً والمنازع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولاً جهالة تنضي الى المنازعة بخلاف اسهم فانه امر مالي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تنضي الى المنازعة فان صاحب مائة سهم يكون من ركب المائة حسب تسعين سهم في جميع الدار على قدر نصيبه وانها لو لم يكن صاحب السكران يدفع صاحب الدليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عدة من ما اذا علم جملة الدرعان كما اذا قل عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع ومن ما لم يعلم كما اذا قل عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافاً

(كتاب البيوع)

بخلاف ما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الدرهم * واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز * جعل هذه المسئلة نظير ما ان باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عند **قوله** ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة * واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص منه من ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا ولا يدري قيمته بيقين حتى يستطفا كانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فسادها واذا بين لكل ثوب ثمننا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان بتدرة لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموهود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشائخنا من قال ان البيع فاسد عندا يحنيفة رح في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموهود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموهود ففسد العقد كما لو جمع بين حرو عبد في صفقة وسمى لكل واحد منهما فانه لا يجوز البيع عنده في القرن خلافا لهما كذلك هذا * واستدل على ذلك بما ذكر محمد رح في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هر وبان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والآخر هروي فالبيع فاسد في الهروي والهروي جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي * ووجه الاستدلال ان العائت في مسئلة الجامع اصفه لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الباقي معلوم قطعا فلا يضر في الباقي وفرق بين

هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروى شرطا للعقد في الهروي
وهو شرط فاسد لان المروى غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا
وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المردوم ولا قصد ايراد العقد على المردوم
لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد * وهروي
بفتح الراء * ومروى بشكونها منسوب الى هرات ومرو قربتان بخراسان **قوله**
ولواشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فزاد او نقص نصف ذراع فل ابو حنيفة رح اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النعمان
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء
وقال محمد رح اخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه دابل
كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك متابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجزى عليه
من التجزية وفي بعض النسخ يجزى عليه اي على النصف حكم المتابلة ويجزى كما لو باع
عشرة بعشرة فنقص ذراع ولا يبي يوسف رح ان بافرا دابل صار كل ذراع كنوب
على حدة والشرب اذ باع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يقطعي من الثمن ولكن
يثبت له الخيار وقد تقدم ولا يبي حنيفة رح قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يتأمله شيء
من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط قيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع
فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف
وصارت الزيادة على العشرة بالتسليم كزيادة صفذ البجود فتساها له عجاها به وفي هذه الاقوال
الملتقى الشرب الذي يذوق جرابه كالمقبص والسر اويل والاتبية واما في المدرس الذي
لا يتفاوت حوايد لا تسلم الزيادة لانه وان اتصل به شيء ببعضه وفي معنى المكمل
والموزون لعدم ضرورة بائطع وعلى هذا قال المسائخ اذ باع ذراعا على درهمين ومائة
جواز كما في الحنطة اذ باع تقيزاهما فصل مسائل هذا الفصل مبينة على قواعد تبيين

قاعدة تين * احد لهما ان كل ما هو متناول اسم البيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا في البيعة الثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشري ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصه والبناء جميعا في العرف لا يقال لانم تنا وله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تنا وله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار ونوتض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام * والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشري ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قوله ومن باع نخلا اذا باع نخلا وشجرا عليه ثم فثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمرته لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالنمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثم فقال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقه فيه اشارة الى ان الاعتبار لثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي رح يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على

على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد * والجواب
انا لانسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاء سلمناه لكنه مشترك فانهم
قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يستقطه وقد عارضه دلالة الرضاء
بذلك وهي اقامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا
قوله فلنا هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب
في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الاباجر وتسليم العوض تسليم المعوض لا يقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لمسايتي ولا فرق بينا اذا كان النمر بحال له قيمة ولم يكن في كونه للبائع
في الصحيح وقيل اذا لم تكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه الصحيح
ان بيعه منفرد يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن
موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني النمر لا يدخل
في البيع وان لم تكن له قيمة * واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل
في البيع لانه مودع فيها كالمطاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر
في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراذه لا يصح فكان
تابعاً ولونبت ولم يصرف له قيمة قال ابو القاسم الصفا لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ وكان صحيح بعض الشارحين بتشديد النون هذا باء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناوله المسافر والمهاجر فمن جوزه لم يجعله تابعاً لغيره ومن لم يجوزه
جعله تابعاً * مسفر البعير شقة والجمع مسافر * والمجل ما يحصد به الزرع والجمع ما جال
قوله ولا يدخل الزرع والسر اعلم ان الاله اظني بيع الارض المزروعة والشجر والمثمرة اربعة الارل
بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والاني بعت بحقوقها
ومرافقتها والبالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقتها والرابع
بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقتها وفي الثاني والبالث لا

لا يدخل الزرع والثمر لان الحق في العادة يذكركم لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق
والشرب * والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء * والزرع والثمر ليسا
كذلك فلا يدخلان * وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ * هذا اذا كان في الارض
وعلى الشجرة واما اذا كان الثمر مجزوا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل
الا بالتصريح به **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون
قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بذا صلاحها لانتفاع بني آدم
او علف الدواب او لم يبدلانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني
فصار كبيع الجحش والمهر * وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده رح
ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو
صلاحه * ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك *
قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية * اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله
في باب العشر لوباع الثمار في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر
على المشتري فلولا لم يكن الشراء جائزا في اول ما يطلع لما وجب العشر على المشتري *
واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز
بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق * والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه
بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلمنا بدليل قواه عليه الصلوة والسلام
ارايتم لو اذهب الله المرة بهم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى
بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم * واذا جاز البيع وجب على المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجوارى الجواز اذا اشتراها مطلقا
او بشرط القطع اما اذا قال اشترته على اني اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط
لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعتود عليه فهو وشرط القطع سواء كان

تركها على النخل شغل ملك الغير اوان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعادة في بيع
 او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجرا وبغيره والثاني اعادة والاول اجارة *
 وذلك منهى عنه وفيه تأمل لان ذلك انما يكون صفقة في صفقة ان لو جازت اعادة
 الاشجار واجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك
 فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة * هذا اذا كانت النمرة لم تنه في عظمها
 اما اذا تنهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو القياس لان شرط
 الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رح فقد استحس في هذه الصورة وقال لا يفسد
 البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
 وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر و اجواب انا لانم ان التعامل جرى
 في اشراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى
 النمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له
 الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم
 بعده فيصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة
 الارض المفصولة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تنهى عظمها لم يصدق بشيء لان هذا
 تغير حالة من الني الى النخيل لا تحقق زيادة في الجسم فان النمرة اذا صار ت بهذه
 المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل السمس تخسبها والقدر يلونها والاكواب
 يعطيها الطعم وان اشترى بها مائتا عن النمرک والتقطع وتركها على النخيل باستيجار
 النخيل الى وقت الادراك طاب له الفصل لبطان اجارة النخيل لعدم التعارف
 فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار لعدم الحاجة الى ذلك لان
 الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمستري
 ان يشتري النمر مع اصولها على ما سذكروا واذ بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا

معتبراً فيطيب له الفضل * فإن قيل لأنهم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن * أجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلاً ولا وصفاً شرعاً على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل بطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداءً عبارة عن الاذن فكان معتبراً * بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيّب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والغاسد ما له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمناً لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثاً وسبيله التصديق * ولو اشترى الثمار طلقاً عن القطع وترك على النخيل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والتمارسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهداً له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً ولهذا شرط ان يكون الخارج اكثر **قوله** وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشترى الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل الموجود اصلاً والحادث تبعاً اذا كان ثمه ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول **قوله** ولا يجوز ان يبيع

(كتاب البيوع)

فصل

ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارضا معلومة لم يجز خلافا لما لك ولم يبين ان مرادة الثمر على رؤس النخل او ثمر مجزوز وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مرادة ما كان على النخل واما بيع المجزوز فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخل الا صاعا منها يجوز البيع لكون المستثنى معلوما كما اذا كان الثمر مجزوزا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معلوما لان الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة قال المصنف رح قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان منفضا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة * واجيب باننا لم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو اداء الثمر فيفضي الى النزاع * سلم ان ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الغائبة فلا يصح كذا لا يصح مله في المضاربة لهذا المعنى * وعن هذا قال بعض الشارحين يشبر الى هذا قوله ارضا معلومة * ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخفى اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التدويرين يقتضي صحة العقد * اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلبا ان الباقي غير معلوم وزال لكن ليس ذلك بشرط الادا باع موزنه واسم العرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة * واما الثاني فلا يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء فجوز البيع * واجيب بان هذا باع ارضا لم يوا الى الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا * وفيه نظرا لانه ليست بدفعية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز بريد به على

على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا
قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفرادة يجوز استثناءه من العقد
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفرادة
لا يجوز استثناءه وفي بيع اطراف الحيوان وحمله لا يرد عليه العقد بانفرادة فكذا لا يجوز
استثناءه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي
كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشارك في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفرادة
جاز ان يستثنى وبالعكس * وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم
صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه * واما لو قال بعتك
هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز
افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناءه
وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني
والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تقتضي
الى المازعة * فيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها
بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة
الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى *
واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما
عرف في الاصول فلم يكن افرادة اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط
فان الشاة دخلت اولاً في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد
البيع في الكل * ونظيره مالو قال بعتك هذا العبد الا عشرة فانه صحيح في تسعة اعشاره
ولو قال على ان لي عشرة لم يصح * قيل ولما دل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد
على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لانسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول *

(كتاب البيوع)

فصل

والجواب اننا لانم ان الباقي مجهول لماذا ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه لا يحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبله لبيع الشيء في غلافه لا يجوز الا الحبوب كالحنطة والباقي والارز والسهم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقي الا خضر وكذا الجوز واللوز والفسق في قشرة الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد * واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولما روي ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ثمر النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها * وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضى المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له * وتقديره لانسلم انه لا منفعة فيه بل هو المبيع بقشرة حب منتفع به ومن اكل العولية شهد بذلك * وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فذُرُّوهُ فِي سَنَبِلِهِ وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز بعبه بجنسه لا احتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السنبال فان قيل ما العرق بين مسئلتنا وبينما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سياتان في كون المبيع مغلفا * اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبله ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا اطن وكذلك في التمر * اليه اشار ابو يوسف رح قوله ومن باع دارا دخل في البيع مغاتيح اغلافها الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع مغاتيح اغلافها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في

في بيع العلق بلا تسمية لانه كالجزم منه ان لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل
 في ذلك الشيء * فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع
 بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار * فالجواب ان الداخل في الداخل
 في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها
 لا يمكن الا بالطريق مطلقا ومن حيث السكنى * والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون
 مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة * والثاني مسلم
 ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك * والقفل ومفتاحه لا يدخلان
 والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل **قوله**
 واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكيالة او الموزون موازنة او المعدود عدا
 واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه
 وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب * واما اجرة
 ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد ربح هي على البائع وهو المذكور في المختصر
 وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الا ولى ان النقد يكون بعد التسليم
 لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق
 به حقه من غبرة او يعرف المعب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم
 الجود المقدرة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي صدر الشهيد ربح
 واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم
قوله ومن باع سلعة يبيع السلعة معجلا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول
 يقال للمشتري ادفع الثمن او لا لان حق المشتري تعيين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين
 حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما
 وفي المالبة ايضا لان الدين انتقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا من حضرتهما

(كتاب البيوع - * باب خيار الشرط *)

فالمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه * وان كان الثاني يقال لهما سلما معالا ستوا لهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع *

* باب خيار الشرط *

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه يباع قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم * وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العدل بدفا ظهورنا عمله في منع الحكم تقبيل العمل به بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس * وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار وعلى اني بالخيار ايا ما اوعى اني بالخيار ابدا * وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فمادونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رح جائز عند ابي يوسف ومحمد رح * سواء كان لاحد العاقلين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة رح في الخلافة ما روي ان حبان بن منقذ كان يغيب في البياعات لما مومة اصابته راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا حلا بة ولاي الخيار ثلثة ايام والخلافة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا ناجورناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المدكورة فيه * فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عدتيم في من له الخيار فلنعد في مدته * فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة لان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكبر المادة ليس

ليس كقليلها لان معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد * قوله ولهما
حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر
وكان كثيرا المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة
والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله عنهما * سلمنا انهما
سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر رضي الله عنهما مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به
خيار الرؤية او العيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين * ولا نسلم ان كثيرا المدة كالقليل
في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابيا في الرأس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت
كان اولي بها فدل على ان المقدر لنفي الزيادة * سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم *
والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما
تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز
يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها
واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة
بالتوجيه المذكور والاول اولي لقوله خلافا لفررح فتأمل وزفر يقول ان هذا عقد
قد انعقد فاسدا او الفاسد لا يتقلب جائزا لان البتاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم
بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر
وكمين تزوج امرأة وتحتة اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة
ولا بي حنيفة رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشائخنا رح اختلفوا في حكم هذا العقد
في الابتداء على قول ابي حنيفة رح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم يتقلب صحيحا
بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع * وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي
الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تفرقة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى * وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دامها على الشرط فاذا سقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا عينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعثك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله اقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية * وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلاثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البطلان فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن ايا ما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما فهو جائز عند علماء الثلاثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقاله فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعثك هذا بشرط ان تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدا لها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانقاس عند عدم النقد تحرزا عن الماطلة في النسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد باننا لنسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهما لو سكت حتى مضت المدة بطل * واجيب بان النظر في اللاحق ان

انما هو الى المعنى المباح للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقدير * فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه * اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رح الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم بجوزة ابو حنيفة وابو يوسف رح وجوزة محمد رح اما ابو حنيفة رح فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف رح احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف رح وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثتر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين * احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثتر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رض وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه * والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف رح في الاصل اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر رض وهو ما روي ان عبد الله بن عمر رض باع ناقه له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر **قوله** وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وقد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقلين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالثن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق والمبيع يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثن عن ملك البائع

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو حنيفة رح لا يدخل ولا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا السبب اي العلة بالمرضاة لكون الرضاء اخلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المرضاة مع الخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى الاحكام فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري فذلك في مدة الخيار ضمنه بالتبعية ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان اذ انته في يده ونحن نقول البيع ينسخ بالهلاك والمنسوخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المقتدر عليه بالهلاك صار اليه حالذا لا يجوز ابتداء العتد عليه فيها فلا يحتجها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا تقاذ بدون المحل وقد فأت بالهلاك واما ان المنسوخ به مضمون بالقيمة فلا نه متبوض بجهة العتد وذلك مضدود بالتبعية كما لمقبوض على سوم السراء وتحقية ان الضمان الاعلى الالبت بالعتد في التدييات هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار * واما اذا هلك بعد هافي ازمه الثمن لانه لبطالان الخيار اذ ذاك ر تمام الرضاء * ولو هلك المبيع في يد البائع انسخ البيع ولا شيء على المسمومي كما لو كان الباع صحتاء طائفة عن الخيار * فيل وانما ذكرنا جميعه من ان الحكم في الباع كذلك حال الممسكين على الصلاح * واما دليل خروجه من ماله ان كان الخيار له مشتري فبان ان الباع لازم من جانبه * وتحتية ان الخيار انه يبيع خروج ابدل من ملك من له الخيار وانما سرح خراجه من الاخر واما ان البديل اذا خرج من ملك من له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رح فلا يملك المخرج الثمن من ملكه لو دخل ازم اجتماع البديلين في ملك

ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ولا أصل له في الشرع ولأن المعاوضة تقتضي المساواة * ونوقض بالمذهب فإن غاصبه إذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المذهب عن ملكه فكان البدل أن مجتمعين في ملك واحد * وأجيب بأن قوله حكماً للمعاوضة بدفع النقض فإن ضمان المذهب ضمان جنائية وليس كلاً منافيه * ويدخل عند هـ لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلاً لا إلى مالك يعني سائبة ولا عهد لئانه في الشرع * ونوقض بما إذا اشترى متولي الكعبة عبداً لصدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري * وأجيب بأن كلاً منافياً للتجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الأوقاف وحكم الأوقاف قد تقدم * ورجح قول أبي حنيفة رح بأن شرعية الخيار نظر للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لاله بأن كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض **قوله** فإن هلك في يده أي أن هلك المبيع في يد المشتري فيما إذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفاً ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده وأما ما جاز ارتفاعه كالمريض فهو على خياره إذا زال في الأيام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما إذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر أن هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري إذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن إذا كان للمشتري فاحتاج إلى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك إذا هلك والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد عند انبرم وتم فيلزمه الثمن المسمى وأما إذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لأن الخيار للبائع لاله فيهلك والبائع موفوف فيلزم القيمة **قوله** ومن اشترى أمراته هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره هو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار
ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لماله من الخيار وان وطئها له ان يرد هالان الوطئ
لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكر فليس له ان يرد هالان الوطئ ينقصها
وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يرد هالان الوطئ ينقصها الوطئ فاما اذا انقصها
فلا يرد هالان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعند هالان يفسد النكاح وان وطئها
لم يرد هالان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين * وللهذه المسئلة نظائر في كونها
مرتبة على الاعمال المتقدم * منها عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان
قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما * ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر
فاشترى بالخيار لا يعتق عليه عنده خلافا لهما * بخلاف ما اذا قال ان اشتريت
لانه يصير كالمشع للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمطلوع عنده ولو انشأ العتق
بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا * فان قيل لو كان كالمشع وجب ان ينوب
عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه او باع عن الكفارة * اجيب بانه جعل كالمشع
تصحیح القول فلهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاته الحرية وقت
اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل انشاء العتق لا عن الكفارة كذلك هذا *
ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضه او بعضها فاخناها
لا يجزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولورد هالان على البائع لا يجب عليه
الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعند هالان ان كان الرد قبل القبض
لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والغياس ان يجب لتجدد الملك * وان كان بعده
يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا * واجمعوا في البيع البات يفسخ بانه
او غير بان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبهذه قياسا
واستحسانا * ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده وال

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

قال صاحب النهاية لابد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري * او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولد اقبل الشراء ثم اشترها بشرط الخيار لا تصيرام ولد له في مدة الخيار عنده خلا فالهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصيرام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصيرام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى * قال وانما احتجنا الى احد التاويلين لاننا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن رد ها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذا الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعند هبما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذوباله فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امثلا عامنه عن التملك ولما ذوب له ولاية ذلك وعند هبما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض ولما ذوب ليس من اهله فان قيل اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه * اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوزوه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عند هبما وعنده يبطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح * واذا كان الخيار للبائع واسلم يبطل البيع بالاجماع * واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع * لان العقد من حابنه بات فان اختاره المشتري

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

صار الخمر له وان رد صارت الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما **قوله**
ومن شرطه الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي
لان شرط الخيار يصح منهم جميعا * فاذا كان الخيار للبائع فلا جازة تحصل بثلاثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا
وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ * واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع
في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه
كما تقدم * واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما * والثاني هو ما يكون بالفعل
كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت
جارية فوطئها او قبلها * او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك
فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضورا لا آخر
وعدمه لانه فسخ حكمي والشئ قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا * واما الاول
فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك
بحضرة الآخري بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة
ومحمد بن حنبل وابي يوسف رجح يجوز وهو قول الشافعي رجح لابي يوسف رجح ان من له الخيار
مسلط على فسخ العقد من جهته صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كالا جازة وهو قياس منه لاحد شرطي شرطي العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضاء
وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا
لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعري
عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه
فإنزله غرامه المتقدمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا
واما اذا كان للمشتري فالبايع عساه يعتمد تمامه فلا يطلب لسعته مشتريا وقد يكون المدة ايام

ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشرط الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالتزام * ولا نسلم انه مسلط من جهته صاحب على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالتزام على العلم لا على الرضاء وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا التزام فيها * وعرض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينبغي وهو انه لو لم يتقرب بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى * واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيناق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدارد ليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعقاق والغفوع والتصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج يتقرب بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضرراً ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه * اولانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضرراً ما اقدم عليه * اولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الغرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

وأن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة * أولئك بالشرط بالبيع الشرع نصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزم إلا بعلمه **قوله** ولو كان فسخ في حال غيبته صاحبه يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكفاية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد **قوله** وإذا مات من له الخيار بطل خياره إذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار فإنه باق بالاجماع * وقال الشافعي رح إذا مات من له الخيار انتقل الخيار إلى وارثه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بأن اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء * ولما أن الخيار لا يقبل الانتقال لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والإرث فيما يقبل الانتقال لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولاً به * لا يقال قال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا أو حقاً لمورثته والخيار حق فيكون لمورثته لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما صروا بالخيار ليس كذلك في المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المستقل هو العين ونقل المالكية ضمنى قيل فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار بتبعه ضمناً وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأعمال عددهم من مبيع الاختلافية بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك وفيه نظران الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه * والصواب أن ينقل الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك فإن قيل التصاخص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت

ثبت للوارث كما ثبت للمورث ابتداءً لانه شرع للتشفي وهم في ذلك سميان الا ان المورث
متقدم فاذ اقامت زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار
ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقده ولا شارط لا يتل البيع بشرط الخيار غير لازم
فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا
يدل على انتقائه * ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد
او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع **قوله** بخلاف
خيار العيب جواب عما فاس عابه * وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث
استحق المبيع سليماً فكذا الوارث فكان ذلك نقلاً في الاعيان دون الخيار * وذلك
لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء النائي لان ذلك الجزء من المال
مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله
وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخاف المشتري في ملك ذلك الجزء *
بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين
لا يستقل بل الخيار سخط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين
كمن اخلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار * الا ترى
ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقفاً لو ارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت
قوله ومن اشترى ثياباً بشرط الخيار لغيره فقد يركلها ومن اشترى شيئاً بشرط الخيار لغيره
جاز جذبه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف
واشترى - الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد
صار حقاً من حقوقه وواجباً من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعاً وما كان
من مواجب الله لا يجوز اشترائه على غير العادة كاشترائه الثمن على غير المشتري
او اشترائه تسليماً على غيره او اشترائه كالمكسب البشري لكن العلماء الله استحسنوا جوازاً

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار فيه للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد
فصار كالاختياج الى نفس الخيار * وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد
اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصاله فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه
في التصرف تصحيحاً له بقدر الامكان * وفيه بحث من وجهين * اَحدُهما ان شرط
الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضى الا ترى ان من قال لعبد له حنث
في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لان التحرير اقوى
من تصرف التكفير لكونه اصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف
يثبت الخيار له اقتضاء * والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز
اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولاً ثم
على الغير كفالة عنه كذلك * واجيب عن الاول بان الاعتبار للمعاقد والغير هو المقصود
باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظراً الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك
لامن حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعيته فرعه * واما التحرير فانه الاصل في وجوب
الكفارة المأليدة فلا يثبت تبعاً لفرعه * وعن الثاني بان الدين لا يجب على التكفل
في الصحيح بل دي التزام المطالبة والمان كونه هنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت
الانتماء لتصحيم المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضى
ومعادى موضوعه بالنقض * فان يقال فيكون بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين *
فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعاً لفرعه
وهو المحتمل عليه * واثبت الخيار لكل منهما ايهما اجازا وابهما فمن التمس في رواية
فلهما في الاجازة والنقض يعتبران سابق لعدم ابراهمه في خروج المختلفين معا
اخانت الرواية * ففي رواية البيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد نفسه في اوجازة *
وفي رواية ما ذكره المبسوط يعتبر تصرف المسمى سواء كان من العاقد او من غيره وجه

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والا قوى يقدم على غيره * وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنيب واما عند وجوده فلا احتياج اليه * واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احد هما لا بعينه * واجيب بان الترجيح محتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا احدى المطلبين حاصل بدونها فلا حاجة اليه * ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك * ونوقض بما اذا اقمى من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ * واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كلوا حد منهما التصرف رجحا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف رجحا من حيث حال التصرف * لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار * لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك **قوله** واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبر تصرفهما ويجعل المبدم مشتركا بينهما بالنصف ويخير كلوا حد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع * ووجه استخراجه ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف رح من هذه المسئلة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

انه لم يرجح تصرف المالك كمارجحه محمد ربح فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكته والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية * وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكته هناك لا يستلزم رجحان النسخ ههنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح النسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج * ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجى تصرف العاقد من محمد ربح كترجى تصرف الموكل منه وترك ترجى تصرف المالك من ابي يوسف ربح واعتبارهما يدل على انه لا يظن الى احوال المتصرفين اتساويهما فيدفع في النظر في حال التصرف نفسه والنسخ اقوى لما ذكرنا **قوله** ومن باع عبد بن بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصل الا وحصل اربعة احوال التفصيل دون التبيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبد بن بالف درهم على انه بالخيار في احدهما لئلا يفسد البيع لجهالة المبيع والدين وجهالة احدهما مفسدة فجعل التهمة الاولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد ان العقد مع الخيار لا يعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثلث * وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان عبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط ففسد قبول الآخر في عقد الثمن اذا جدد بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذاك غير صحيح

مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلاً للبيع فكان د اخلافي العقد وان لم يدخل في الحكم
فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه
مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حروقن فان الحرليس بمحل للبيع اصلان لم يكن
د اخلافاً في العقد ولا في الحكم وتنازل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً
والجواب انه ليس فيه نفع لا حد العاقد ين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً وان لم يكن
فضل تامل منك فاحظ * وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد بخمس مائة
على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن
فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر يفسد في القن اذا جمع بينهما وبين المدبر
او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع
بالحصّة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد
فيدا شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر انعقد في حق بالحصّة
ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم
ولهذا الوقضى القاضي بجواز نفاذ فكأن قسمه الثمن في البقاء صيانة لحق محترم
عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصّة ^{قوله} ومن اشترى ثوبين
على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احدهذين الثوبين على ان لي ان آخذ ايهما
شئت بعشرة درهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب ^{قوله} اما اذا كانت
الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساداً في الاربعة
لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لثباتها في نفسها
وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رح * وجه الاستحسان ان اندي معنى
ما روي به الشرع وهو خيار الشرط فجاء الحاقابه وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة
الى دفع الثمن لينضامه هو الارفق له والافق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

لأنه ربما احتاج إلى اختيار من يثق به لخبرته واختبار من يشترطه لاجله كما مر أنه وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل إليه إلا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نم أن الجهالة تفضي إلى المنازعة لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة * فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتهى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علة * واعلم ان محمد ارح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المادون وقال هو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك * وعلى ذلك اخلف المشائخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فمادونها عند ابي حنيفة ر ح وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي * وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام ر ح * حجة الاولين ان جوازه بطريق الالتحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه * وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالتحاق * وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق بجواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غيرعين من غير توقيت على الايام الثلثة * واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه عند ابي حنيفة ر ح وعندهما مدة معلومة اية مدة كانت وهذا لان الحال لا يسخ اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة ر ح وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به * فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند ابي يوسف ر ح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد النمن إلى اربعة ايام فلا بيع بينهما * اجيب بان قوله ان لم ينقد النمن إلى اربعة ايام تعليق ولا يلحق

يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس
 خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط
 واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لئلا مائة حتى
 اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لاي لزم عليه من قيمته شيء * وهذا لان المبيع
 المبيع ممتنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يكن معيبا وهو في دعواه ذلك متهم
 فكان التعيب اختيارا دلالة * فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من القبض
 على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك * اجيب بانه اقل من ذلك لان
 المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض
 الآخر ليشتره وقد قبضه باذن * لما لك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة
 فيما اذا اطلق الرجل احدي امرأته او اعتق احد عبديه فماتت احدهما فان الباقية
 تتعين للطلاق دون الهلكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك
 خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج
 عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معالزمه نصف ثمن كل واحد منهما
 لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فباع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط
 فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقت على الابطام فله ان يردهما جميعا بخيار الشرط
 في الايام الثلاثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشترق بشرط الخيار
 لنفسه فيتمكن من رده * واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له
 خيار التعيين فيرد احدهما * وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه
 وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولومات المشتري في الايام
 الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان
 خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك غيره

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

فإن قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة نلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين
 قد يكون للبائع فإن الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحساناً * فالواو إليه أشار محمد ر ح
 في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على
 خيار الشرط * وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري إنما يجوز
 بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق بحضرة من يقع الشراء له
 وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة له إلى اختيار الأرفق إذا المبيع
 كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى مقتضى القياس ولم يذكره محمد ر ح لافي بيع
 الأصل ولأفي الجامع الصغير * وتبين مما ذكرنا أن المبيع أحد الثوبين والآخر أمانة والتركيب
 الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى أحد الثوبين * وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره
 المصنف ففي بعضها اشترى أحد الثوبين ولا يحتاج إلى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو
 مجاز وأثبتها فخر الإسلام وقال في وجه المجاز أن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً
 قال اشترى ثوبين * وقال غيره هو من قبيل إطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى
 يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج إليهما وإن كان من أحد هـ
قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار رجل اشترى داراً بخيار الشرط فبيعت دار أخرى
 جنبها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الأخذ رضي بسقط به الخيار لأن الأخذ يطلب
 الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختياره الملك لأن طلب الشفعة لا يثبت إلا بدفع ضرر الجوار
 والجوار ثبت باستدانة الملك واستدانة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار
 فيسقط الخيار ويبت الملك من دون الشراء فكان الجوار إذا عذبه مع الدار الثانية
 وهو واجب الشفعة وهذا المبرر يحتاج إليه مدد بآية محكمة ر ح خاصة لأن خيار
 المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندنا فإن المبيع
 يدخل في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لأن الشفعة لا تدفع ضرر

(كتاب البيوع — * باب خيار الشرط *)

يضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يرددها * قال شمس الائمة اما وجوب
الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالک للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة رح
فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كما دون المستغرق
بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقة
دارهما * بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصرا حق بالتصرف فيها * ولو اشترى
دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الروث لانه لا يسقط بصرح الاسقاط
بدون الرؤية فكذا بد لالته وسيأتي **قوله** واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان
عبد اعلى انهما بالخيار فيه ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده
عند ابي حنيفة رح وقال له ان يرده وكذا لو اشترى واحد منهما بعب فيه وكذا
لو اشترى واحد منهما بعب فيه ثم رآه * لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما
هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظرا لانا لم
ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين يثبت الوكالة
لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر * وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا
من الانتفاع متى شاء وبعده اذا ارد البعض لا يتمكن الا مهياة والخيار يثبت نظرا لمن
هوله على وجه لا يلحق منه الضرر بغيره * وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا
للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول
فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وافجع من الحاصل من نفسه فان قيل يبيعه منهما رضى
منه بعب التبعض اجيب بانه ان سلم فهو رضى به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل
حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو العقد قبل القبض فلما بل حصل
فعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده

بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله
قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس
 عين الرضاء برد احد هما وهو ظاهر ولا الرضاء برد احد هما لازم من لوازم اثبات الخيار
 لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضاء
 برد احد هما **قوله** ومن باع عبد اعلى انه خباز او كاتب رجل اشترى عبد اعلى انه
 خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل
 خبازا او كاتباً فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذ لم يمتنع الرد بسبب
 من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية
 يقوم العبد كاتبا وخبازا اعلى ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط
 لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب او خباز
 فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك * اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب
 فيه وهو حظ وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه عور فاذا هو سليم فانه
 لا يوجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى
 صفة المثلث او المثلث كان ملائماً للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل
 في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها
 تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه اجيب بان ذلك ليس
 بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وبضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا *
 ولهذا الوشرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه
 ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل * بخلاف ما نحن فيه فان
 له ان يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير
 كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته * واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان

لأن المشتري ماضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لأن هذا الاختلاف
 أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع إلى اختلاف النوع
 لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما إذا اشترى شاة على أنها
 نعجة فإذا هي حمل * فصار الأصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف أن كان مما يوجب
 التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعا إلى الجنس كما إذا باع عبدا فإذا هي جارية
 فيفسد به العقد * وإن كان مما لا يوجب به كان راجعا إلى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده
 لكنه يوجب التخير كفوات وصف السلامة وأما أخذه بجميع الثمن فلأن الأوصاف
 لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم
 باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه إذا كان تأثيره في منع تمام البيع
 وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالباع جائز
 معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا * أو الدرة التي
 في كفي هذه وصفتها كذا أولم يذكر الصفة * أو يقول بعث منك هذه الجارية المستقبة فانه
 جائز عندنا وله الخيار إذا رآه وعند الشافعي رح لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار
 إلى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين
 معلومة * قال صاحب الاسرار وهو جائز لأن كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية
 حاصلت لكان البيع جائزا بالاجماع وقال الشافعي رح المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه
 كالبيع بالرقم ولما قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه
 وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فإن قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام
 وهو أنه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمركب للمشتري لا جماعنا
 على أن المشتري إذا كان رآه فالحق جائز وإن لم يكن حاضرا عند العقد فلنا بل المراد النهي

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

عن بيع ماليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فايبيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشترىها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ماليس عندك * وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرثيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجوز ذلك دليل واضح على ان المراد به ماليس في ملكه * والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تقضي الى الممازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافق يردة ولا نزاع ثمة مقتضي خياره وانما افضت اليها لوفلها بالزام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المسار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تقضي الى النزاع * وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد * واجيب بان المعارضة سافطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى الممازعة وما نحن فيه ليس كذلك **قوله** وكذا اذا قال تفرع على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذاك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط * ولانه لو لم يلزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندنا فما ادعى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق النسخ جواب سوال تقريرة لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق النسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالفبول وكان معلقا بها فلا يوجد قبلها * وتقرير الجواب ان حق النسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما فجاز فسخه لو هاء فيه الا برى ان كلوا حد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة بملك النسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضاء فانه

فأنه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدى الى بطلانه كما مر آنفاً وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار ومعلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للآزم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضاء بالشيء جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء بالرضاء والرضاء بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضاء استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور * واما الفسخ فانما هو لعدم الرضاء وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات * لا يقال عدم الرضاء لاستباح الشيء واستباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور * لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدله من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستباح * ذكر في التحفة ان جواز الفسخ قبل الرؤية لارواية فيه * ولكن المشائخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياساً على الاجارة * وقال بعضهم يصح دون الاجارة وهو مختار المصنف **رح قوله** ومن باع ما لم يره من ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول اولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زناً فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً * لكن العقد لا يفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً اي من جهة البيع وثبوتاً من جهة الشراء وتتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دفايق لا يحصل بالعبرة فلم يكن البائع راضياً بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ * وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا ينتدونه كما تقدم * فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضاء فليحق به دلالة * اجيب بانهما ليسا سايان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرد لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لورده لرد باعتبار ان المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبد ابشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به * قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر
وهنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع * واجيب بانه ثابت
بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس * سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع
باطل * وتحكيم جبير بن مطعم عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رضى ولم ينكره احد
فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالتحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رح
حين بلغه الحديث **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ
بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار معلق بالاطلاع على حال المبيع
فأشبه الرد بالعيب * والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضاء
فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضاء ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل
خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه * والضابطة في ذلك ان المشتري بالخيار
اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار
والالبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع
بفعل ما يمتحن به اول مرة فافادة الخيار * ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به
او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعلة مرة ثانية
كان دليل الاختيار * فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة
لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلما استخدمها مرة ثانية
في ذلك النوع من الخدمة كان اختيار الملك لعدم الحاجة اليها للحصول الامتحان
بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطئ قد لا يعلم
بالظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختياره قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان *
احد لهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنيها دارا فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط * والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان * اجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضاء بالطريق الاول لانه دونه * ثم الاخذ بالسفعة والعرض على البيع دليل الرضاء فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع * والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقتيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالسفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين * ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعد ها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها * فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاتاق والتديرا والذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعد الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة اورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحيث من وجهين * احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي روياء * والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضاء او دلالة وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطاله واجيب عن الاول بان ذلك فيما يمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضاء لا تر بو على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع استثناء لازم محال * واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضاء أي لا يزيد عليه وصريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية فدلالته أولى يعني إذا لم تكن من ضرورات الغير ويبطله بعد الرؤية لوجود الدلالة مع عدم المانع **قوله** ومن نظر إلى وجه الصبرة أعلم أن المبيع إما أن يكون شيئاً واحداً أو أشياء متعددة والثاني إما أن يكون متفاوت الآحاداً ولا فذلك أقسام ثلاثة فإن كان الأول فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما إذا كان عبداً أو جارية فإن في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في العبد لا يجور أصلاً فسخ العقد أو لم يفسخ وفي الأمة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واتعافى غير المالك لأن الفسخ رفع العقد من الأصل فصارك أنه لم يكن فكان الظرف حراماً وكذا إذا كان المبيع ثوباً مطوياً فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالنشروا الطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد * وإن كان الباني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت بين أحاده * وإن كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال إليه المصنف يكتفي برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت أن يعرض بالنموذج الآن يكون الباقي أردأ منها فعلى هذا إذا نظر إلى وجه الصبرة بطل الخيار لأنه يعرف الباقي لأنه مكمل يعرض بالنموذج والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعرف البقية إلا أن يكون في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العام وإذا نظر إلى وجه الأدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود في العبد والأمة وسائر الأعضاء تبع له * إلا يرى إلى أنه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء * وإذا نظر إلى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب وهذا هو المروي عن

عن ابي يوسف ر^ح و شرط بعضهم رؤيته القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل
والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرآها في احدهما فان كان ما في الآخر
مثل ما رأى اوفوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا ارد رد الكل
لثلايتفرق الصفقة * واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم واللينة اى الدر والنسل ففي
الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع
وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعروف للمقصود **قوله** ومن رأى صحن الدار
فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار ابستان من خارج يسقط خيار
الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان
من الجذوع والاسطوانات وح سقط شرط رؤية الكل فاقمنا رؤية ما هو المقصود
من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط
رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلذ والعلو الا في بلد
يكون الماء مقصودا كما في سمرقند * وقال زفر ر^ح وهو قول ابن ابي ليلى ر^ح لا بد
من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اى القدوري على وفاق عادتهم
بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة
واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جد رايها من خارج فاء اليوم يرد بدد يارهم
فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مائدة الدور بتلذذ مراقتها وكبرتها والنظر
الى الطاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر **قوله** ونظر الوكيل كمنظر المشتري قيل صورة
التوكيل ان يقول المشتري لشيرة كن وكىلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك *
وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلك او امرتك بقبضه * وقيل لا فرق
بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه * اذا نظر الوكيل بالقبض اى البيع وقبضه
سقط خيار المشتري فلا يرد الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم * وقال الغتية ابو جعفر

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

إذا كان عييا يعلمه الوكيل يجب أن يبطل خيار العيب * وإذا نظر الرسول بالقبض إليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله أن يردّه عند ابي حنيفة ر ح وقال ألا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظرة فهماء سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله أن يردّه * ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرويته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلًا بقبضه فقبض الوكيل معيارا ثانيا عليه لم يسقط خيار العيب للموكل * وكمن اشترى بخيار الشرط فوكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل * وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصد الا يسقط خيار الموكل * ودليل ابي حنيفة ر ح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهوان يقبضه وهو يرآه ونافص وهوان يقبضه وهو مستور **قوله** وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها بتناهيها في الزوم بحيث لا يرتد الابراء او فضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك * واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه * فان قيل لانسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا نافصا ثم رآه فاسقط الخيار قصد الم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض النافص لا محالة * اجاب المصنف ر ح بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض النافص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قيسهما على الاسقاط التصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار * وتقريره انه لم يتوكل باستقاء الخيار قصد الارضين الا لزم مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام ثبت للوكيل في

في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف المتوكل
وكم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا * والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يمتنه
لان ما لا يتم الواجب الابه فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما
فصار خيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضاء او قضاء وما لم يمنع
تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا
للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة * ومن
موضحات ذلك ان خيار العيب لن يثبت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للمتوكل ولم يصدر
التوكيل بالقبض لا سقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه التوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه
على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيله بقبضه
بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف * ولو سلم بقاء الخيار فلوكل لا يملك القبض التام لان تمامه
بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختبار
وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذلك وكيله وقيد بالتام لان المتوكل يملك النقص
فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل
فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبايغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض
والتسليم **قوله** وبيع الاعمي وشراؤه جائز بيع الاعمي مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار
وقال الشافعي رح ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب * وان كان اكمه فلا يجوز بيعه
ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان
من غير اكبر * وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الا ماله لغيره فاذا احتاج
الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من التقيح
ما لا يخفى **قوله** لانه اشترى ماله برة ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه
من قبل * وفيه نظر لان قوله صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو برة تضي تصورا لايجاب

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

وهو انما يكون في البصير * والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العيان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع * ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بحسه فخياره يستط بحسه * وان كان مما يعلم بالشم فشمه وبذوقه في المذوقات * واما اذا كان شجرا او ثرا على شجرة او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا با شر سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار * وروي عن ابي يوسف رح انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف بصيرا لراة وفد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه لم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحرير الشفتين واجراء الموصى في حق الاخرس والاصلع والاطلاق الرواية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف * قال محمد رح في الجامع الصغير قال ابو يوسف رح في الاعمى اشترى الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده * وان كان في مكان لو كان بصيرا لراة نم قال قد رضيت لم يكن له ان يرده * وقال النخعي قال بعضهم يوقف في مكان لو كان بصيرا لراة ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن يوكل ويكلا يقبضه وهه يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل بالقبض كروية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود * ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان النازل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية * ^{قوله} ومن رأى احد الثوبين فاشترى اهما قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى هذا الوراى احد الثوبين فاشترى اهما ثم أى الآخره، الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يرد هما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفة قبل التمام وقد تقدم لما

* كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية * *

لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة
 يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات
 المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهى عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم
 عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهى عنه وهو يقتضي رد هما جميعا ان شاء وقوله
 صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره
 وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب بان موجب النهي مطرد
 في جميع صورة وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق
 احد العبدین او دبره والمطرد راجح * وبانه محرم والمحرّم راجح على المبيح * اولانه
 متأخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ * وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد
 احد الثوبين لا يكون رد الا انه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك
 المردود على الحالة الاولى * قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيدتم بما قبل التمام
 فيكون متروك الظ ومثله مرجوح * والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتشديد
 بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك
 المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس
 بضم الردي الى الجيد وترويجاه بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق
 الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما
 لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه
 رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل
 الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب
 بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في
 خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرص به لكن

(كتاب البيوع — * باب خيار الرؤية *)

في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته **قوله** ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة اذا رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار صفاة وثبت احد المتأففين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوباً ملغوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرئي فان له الخيار ح لعدم الرضاء به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئياً من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصل فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضاء به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيراً فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومنسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض **قوله** الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال رأيت لو كانت

كانت جارية شابة رآها فاشترها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغيرا كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين **قوله** ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جبل من الهند ينسب اليه الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او هبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او هبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مروا ما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هوفسخ بان رده المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رح ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

* باب خيار العيب *

آخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

ردة لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عد بن خالد بن هودة عبد او كتب في عهده
 هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من عد بن خالد بن هودة عبد الاداء
 ولا غائلة ولا خبنة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رح
 المرض في الجوف والكبد والريّة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون
 في الجوف والكبد والريّة * وفيما روي عن ابي يوسف رح انه قال الداء المرض *
 والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة * والخبنة هي الاستحقاق *
 وقيل هي الجنون * وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب
 ووصف السلامة يغوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضاء داخل في حقيقة البيع
 وعند فواته ينتفى الرضاء فيتضرر بالزوم ما لا يرضى به فان قيل تقدير كلامه على الوجه
 المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له
 واذ اذات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم
 ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الغائت وصف اذا العيب
 اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغييره من حيث الظاهر كالعمى والعور
 والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون
 بما يوجب النقصان معنى لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى
 والدفرو والخرفى الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
 لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لاسبيل
 الى الاول والثاني له لا يودي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قول في مجرد العقد
 احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله
 دليل آخر على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان او قيمته او ارشه وتقديره ان البائع لم يرض

يزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضاء البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاماً على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيباً فاذا هو سليم فالبايع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما وعدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه ومما رسته طول زمان فانزل عالماً بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه * واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار * ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدي الحالين رضى بالعيب دلالة **قوله** وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة * وذكر المص رح ضابطة كلية تعلم بها العيوب الموجهة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان الضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قوله** والابق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاة مادون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يغتال المنافع على المولى والسفر ومادونه فيه سواء فلو ابققت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابققت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب * واذا ابال في الفراش وهو مميزاً كل ويشرب وحده فذلك * واذا سرق درهمان من مولاة او من غيره فذلك لا خلاها بالمقصود لانه لا يأم منه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

في سرقة مال غيره فيكون عيباً لا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للأكل
 فان سرقتها من مولاة ليست بعيب * فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع
 والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به * واذا وجدت عندهما في كبره فكذلك *
 واما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب
 هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب **قوله** والجنون في الصغير عيب
 ابدامعناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان
 السبب في الحالتين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوماً وساعة
 ثم عاوده عند المشتري في كبره يرد به * وليس بمعناه ان المعاودة في يد المشتري ليست
 بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناءً
 على ان آثارة ترتفع وذلك يتبين في حماليق عينه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث
 لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الردالة بالمعاودة
 وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير **قوله** الذفر والخرعيب في الجارية
 الذفر رائحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالاذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت
 او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية -
 وهكذا في الرواية والبحرنتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية الا خلال
 بما عسى يكون مقصود او هو الاستفراش وليس ببسب في الغلام لانه لا يخل
 بالتخذ منه المقصود منه الا ان يكون فاحشاً لا يكون في لباس مثلاً لانه يكون من داء
 والداء نفسه يكون عيباً والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول مخل
 بالاستفراش والاني يطلب الولد فان الولد يعبر بامه اذا كانت ولاد الزنا ويسايد بخلين في المقصود
 من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المسائخ رح فانه بصير عادة
 فيحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمته **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الجارية والغلام

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

والغلام لان طبع المسلم يتفرع عن صحبته والنقرة عن الصحبة تودي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فتخلل الرغبة * فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يردده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم * فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة * وقال الشافعي رحمه الله فانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعدون العلوج * والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رح وادعى المشتري بعد ثلثة اشهر من وقت الشراء فيه روي عن ابي يوسف رح او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد رح او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رح ابها لم تحض لحبل بها اولداء كان ذلك عيبا ترد به * والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة * وفي الداء قول اطباء ويقبل فيه قول العدلين * وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم * وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتجاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في النبي خلقت على السلامة الحيض في آوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا تجاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامّة فان

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدثها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط * وعن ابي يوسف رح انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن **قوله** واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بأفة سماوية او غير هائم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بتقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشرا وثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرار بالبائع لان خروج المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به اضرار ولا ضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعه الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضاء اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يأخذه بعيبه القديم * فان قيل اين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وهمنا كذلك كما مر **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه من اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ان يرجع جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرر بتدليس العيب * لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا لفعل باشرة وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن لعجزه بما باشرة فكانا سواء فاعتبر ما هوا نظر لهما الا اذا مال البائع انا قبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به

(كتاب البيوع — باب خيار العيب)

بمكان اسقاط الحقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعين الفجرة فلما شق بطنه وجد امعاؤه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابي حنيفة رح * واجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للتلف والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقة فبختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جازان يقول البائع اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتعا برضاء البائع فاذا اشترى بصير بالمبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ اكان لا مكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع التوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسم ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك * اما الاول فلانها لا تنفك عنه * واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس البائع ان يقول انا آخذة فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخيطة * واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والسمن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخيطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان صافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب
المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوث بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالتقصان لان
الرد كان ممتعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع
قبل الخياطة كان حابسا * والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك
المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجته عن ملكه لا يرجع بتقصان العيب *
وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فاذا اخرجته عن ملكه
رجع بتقصان العيب وعن هذا اي عما ملنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع
بتقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لبا سألولة الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالتقصان لان التملك حصل قبل الخياطة لانه
لما قطعه لبا سألولة كان واهباله وقابضالا جله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير
فالتقط عيب حادث وللمشتري الرجوع بالتقصان وللبائع ان يقول انا قبله كذلك
لكن باعتبار ان القطع للواد الصغير وهو تملك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب *
وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة
ليس بمحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بتقصان
العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع
حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لا تنفع الرد
قبله * وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبي والت **قله** ومن اشترى ثوبا فباعه
اشترى عبدا فاعته او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالتقصان اما الموت فلان الملك
ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله
وهو الموت فيرجع بالتقصان دفعا للضرر * فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل
على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالتقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر

(كتاب البيوع - باب خيار العيب)

لصرفه انه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بحسب وجود الزيادة في المبيع لا بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لاحق الشرع وهو شبهة الربوا ورد بانه يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق ان يقال في الجواب عدم الرد في الصبح بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد صار حابسا كما فكانه في يده بحسبه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موثقا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت **قوله** وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولا يثبت بالعتق والولا اثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك * والتدبير والاستيلاء بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بجعل مالهم بكن كائنا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه * وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البديل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولا به فان قتل المستري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رح انه يرجع وذكر في المبيع قول محمد رح معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم ديني يعتد به بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج

(كتاب البيوع - باب خيار العيب *)

ابي مبطل وسقوط الفصاص والدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار
كما مستعبد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا
لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصربه مستغيضا
فيمتنع الرجوع * واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تحرق لا يرجع عند ابي حنيفة رح
استحسانا وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع ما بقصد بشراءه وبعثاد فعله فيه فاشبه الاعتاق *
ولا يبي حنيفة رح ان الرد تعذر بعمل مضمون من المستري في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك
لان الاكل والملبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استناد السراءه فذلك
بمنزله عوض سلم له * والجواب عن قوله ما انه لا يعتبر بكونه مقصود الان البيع مما يقصد
بالسراءه انه هو يجمع الرجوع بالاتفاق * وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض * وعن ابي يوسف
ومحمد رح روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء
واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض
اولى * وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره النقص فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه
وبرجع بنقصان العيب فيما اكله * وفي بيع البعض عنهما روايتان في احديهما لا يرجع بشيء
كما هو قول ابي حنيفة رح وهو المذكورهما لان الطعام كشيء واحد فيبيع البعض فيه
كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره النقص ولكن لا يرجع بنقصان العيب
فيما باع اعتبار البعض بالكل **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قاء او جوزا او شيئا
من العواكه فكسره غير عالم بعيبه فوحد الكل فاسد ابان كان متنا او مراً او خاوا يا بحث
لا يصلح لاكله اس ولا يلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع باليمن
كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذا مال ما ينتفع به اما في الحال او في المال والمذكور ليس
كذلك وتفتن من القيود باضدادها فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل

بعض الناس أو الدواب أو وجده قليل اللب كان من العيوب لأن الفاسد أو الباطل منه شيئا بعد ما إذا صار راضيا * وإذا لم يكن ما لا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فإن قيل التعليل صحيح في البعض لأن قشرة لا قيمة له وأما الجوز فربما يكون لقشرة قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لغزته فيجوز أن يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشائخنا أجاب المصرح بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل لأن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقه باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن * وعلى هذا أن كان المبيع بيض النعامة فوجد بها الكسر مذكورة ذكر بعض المشائخ أنه يرجع بنقصان العيب * وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد له لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للصرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله بردة لأن الكسر وإن كان عبثا حادنا لكنه بتسليطه فلما التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرًا ولو وجد البعض فاسدا فالفاقد ما أن يكون قليلا كاديس في المائة أو كثيرا كما فوقه ففى الأول جاز البيع استحسانا وليس له أن يخاصم البائع لاجله لأنه عند الإفدام على العقد الظاهر من حاله الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا تخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والرقن **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري من باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما أن قبل بفناء الفاسي أو غير قضاء القاضي فان كان الأول فاما أن يكون بافرا ومغنى القضاء في هذه الصورة أن الحضم

(كتاب البيوع ^{بسم الله} * باب خيار العيب *)

ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فأنبت الخصم بالبيئة وانما احتيج الى هذا التأويل لانه اذا لم يكرأقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه بأقراره بالعيب وح ليس له ان يرد على بائعه لانه اقالته واما ان يكون بيته او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرد على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر رح عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعى على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار امكداً باشر عاقبضاء القاضي ارتفعت المطالبة وصار كمن اشترى شيئاً واقران البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبيئة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله هذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبيئة كان ذلك رداً على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس رداً على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فردة على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بعبان وبرد احد هما لا يرد الآخر * وان كان الثاني فليس له ان يرد لانه اقالته وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول تالهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض * اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية * وصرح بذلك وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالا صبح الزائدة او الباقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرد على بائعه لليقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح روايه الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالته تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا

باب في البيع المستفاد من جهة البائع الاول لخاصته **قوله** ومن اشترى حباً فقبضه قبل ان يبيع
 حباً ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع
 او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع
 الثمن او المبيع * واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار ما يمين البائع او بينة المشتري
 وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار والنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان
 باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي به واجابوا بوجه * بانه من باب علفتها تبناً وماء
 بارداً تقديراً وسقيتها ماءً بارداً * وبان يجعل الكلام متضمناً للفظ عام يندرج تحته الغايتان
 فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار
 لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله
 علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب
 قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه * وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار
 وذكر الالزام وارادة الملزوم كناية * والحق ان الاستشكال اما هو بالظن الى مفهوم الغاية
 وهو ليس بلازم **قوله** لانه انكر وجوب دفع الثمن لتعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر
 وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب
 دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولاً ليس الالتماع حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث
 انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولاً
 وفي انكار العلة انكار للمعلول فانصب خصماً ولا بدح من حجة وهي اما بينته او يمين البائع *
 فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة
 البينة بالحديث * فالجواب ان الاعبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى يدعي ما يوجب
 دفع وجوب دفع الثمن اولاً وان كان في الصورة منكر او قوله ولانه لو قصى بالدفع
 داليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه

(كتاب البيوع ^س باب خيار العيب *)

المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق * وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوماً لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه من القضاة فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاة **قوله** فان قال المشتري شهودي بالشام اذا اطلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرراً بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرره ايضا اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرره لانه على حجه يعني هو سبيل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين * الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجه بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه * والثاني ان الانتظار و اقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضرراً والاخر دونه * والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان * وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مناطلة فلا يسمع قوله في حق غيره * واذا اطلب المشتري يمين البائع فكل الرمة العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب * قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة ر. ح. **قوله** ومن اشترى عبداً فادعى ابا فادعى المشتري ابا فادعى العبد المشتري وكذب به البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بيته انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او البراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اخلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليه يمين يستخلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكراً لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به

بهذا المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة ^{والشك}
 من وجهين * احدهما ان البيعة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس
 بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع * والثاني ان سلامة الذمم من الدين
 اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق
 بين مانحن فيه وبين ما اذا ادعى على الآخردنيا وانكر المدعي عليه ذلك فان العاصي
 يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول
 بان اقامة هذه البيعة من تمت اقامة البيعة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه
 من تلك الابهة وكانت من المدعي بهذا الاعتبار * وعن الثاني بان قيام الدين في الحال
 لو كان شرط الاستداع الخصومة لم يتوصل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بيعة
 او كانت له بيعة لكنه لا يتقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف مانحن فيه لان توصل المشتري
 الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين وبشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثاره
 وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل * واذا ظهر
 هذا فاذا اقام المشتري البيعة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق
 عنده فط كذا ذكر في المبسوط وفيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه
 بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي بدعي او بالله ما ابق عندك تطولا يحلف
 بالله لقد باعه، وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
 للرد وفي ذلك ضلعة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه
 وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالسرطين جميعا ويجوز ان يحدث العيب بعد البيع
 قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجوده
 في احد لهما يكون بارا لان الكل ينفي بابتداء جزئه وبه يتضرر المشتري * وانما فال يوهم
 تعلقه بالسرطين اشارة الى ان تاويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك

(كتاب البيوع * باب خيار العيب *)

بأن كرا لا ن شمس الاثنية ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا الظر للمشتري
 ينعدم اذا استخلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذکور ثم قال والاصح مندي الاول
 لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون باراً في يمينه اذا لم يكن العيب منتقياً
 في الحالين جميعاً * وعلى هذا فلما قل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما
 لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلمه بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله *
~~والا فاما على يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح~~ فاذا لم يكن التاويل صحيحاً كان التحليف
 به جائزاً وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم
 فان قيل الا باق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
 فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعتقد عليه سليماً كما
 التزمه * وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف
 انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علماً بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم
 بذلك فان لم يجد المشتري بينه على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما نعلم
 انه ابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشائخ على
 قول ابي حنيفة رح وهو المذکور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل
 لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب
 عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولا يبي حنيفة رح على قول من يقول لا تحليف
 على مذهبه ان الحلف مترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم
 ولا يصير المدعى وهو المشتري ههنا خصماً الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز
 عنها * ولانم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة
 يترتب عليها البينة دون التحايف والبينة لا تسلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل قد
 تقوم على ما لا دعوى فيه اصلاً كما في الحدود بخلاف التحليف * والفرق ان التحليف شرع

(كتاب اليوم * باب اليوم)

مخرج لقطع الخصومة فكان مقتضيا ساقية الخصم ولا يكون المشتري في هذا المقصود بعد
اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة فهنا فمشروعة لاثبات كونه خصما
فلا تستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات على
ما تقدم قال المصريح ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر
في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر
ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حينئذ يمين اليمين الكاذبة
فيقتضى عليه بالرد لكونه ويتضرره **قوله** ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى
جارية وتقابض المتبايعان النمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تنقيص النمن
على قدر الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتيها وحدها فالقول
قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول الغاصب لانه اعرف
بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه
عصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جارتين
ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري
لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول الغاصب بل ههنا اولى لان
كون المبيع شيئين اماراة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق
لقبضهما **قوله** ومن اشترى عشرين صنفه واحدة رحل قال لا خربعتك هذين العبدان
بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المبيع
خاصة بل ياخذهما او يدهما جميعا لان الصنفه تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري
بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصنفه حينئذ وما تتم بقبضه الصنفه بقبض بعضه

(كتاب البيوع * باب خيار العيب *)

لا تتم لتوقفه على قبض الكل اذ اذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرناه يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شيئا بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالنفرق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا **قوله** ولو وجد بالمقبوض عيبا اخلعوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا فالوفاي شروح الجاهع الصغير اختلف المسائخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال وروى عن ابي يوسف رح انه يردده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالظريية لا يلزم تفريق الصفقة والا صح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل النمن فانه لا يزول بقبض بعض النمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحد عيبا له ان يردده خاصة وقال زفر رح لافرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن صرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجاهع دفع الضرر واشبه خيار الروبة والشرط ولما انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الروبة والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الروبة ان الصفقة لا تتم مع خيار الروبة قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضاء من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما يلزم من تدليس منه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز * قبل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدان اما

لما اذا لم يمكن تزوجي الخف ومصر اعي الباب فانه يرد هما او يمسكهما ~~فان~~
 المبيع ثورين قد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المبيع خاصة **قوله**
 ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدین بعد قبضهما
 ليس للمشتري ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام **قوله** ومن اشترى
 شيئاً مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده
 يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان
 في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشائخ * وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة
 عبدین يجوز رد المبيع خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع *
 وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما * اما الاول فلانه
 يسمى باسم واحد ككرو وفتيز ونحوهما * واما الثاني فلان المالمية والنقوم فيهما باعتبار
 الاجتماع لان الحببة بافرادها ليست لها صفة النقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعلت
 روية بعضها كروية كلها كما لوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد
 بعضه معباً ليس له الارد الكل او امساكه لان رد الجزء المبيع فيه يستلزم شركة البائع
 والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المبيع خاصة رد بعيب زائد وليس له
 ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض
 كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين
 عن ابي حنيفة رح ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد
 فيه لانه لا يضره التبعض لان استحقاق البعض لا يوجب عيباً في المستحق وغیره لانهما
 في المالمية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيباً في المالمية والانتفاع لا يوجب
 ضرراً بخلاف ما لو وجد البعض عيباً وميزة ليرده لان تمييز المبيع من غير المبيع
 يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعض يضره والشركة عيب فيه زائد

(كتاب البيوع * باب خيار العيب *)

نلم يبق الا رد الكل او امساكه **قوله** والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال * تقريره
انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفة قبل التمام لان تمامها بالرضا والمستحق
لم يكن راضيا * وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء
المالك لان العقد حق العاقد فتما مه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ولهذا
قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد
يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان
بعد القبض وما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفة قبل التمام وهذا يرشدك
الى ان تمام الصفة يحتاج الى رضاء العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم
تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار
في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في مالته والانتفاع به * فان قيل
حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص رح
قوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث
لهم الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكمل والموزون فان التشقيص لبس بعيب فيهما
حيث لا يضر وتنبه بكلام المص رح تجد حكم العيب والاستحقاق سبب قبل القبض
يجمع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهروا بالاستحقاق فلقوله
ما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفة قبل التمام وتجد حكمهما
بعد الغبض كذلك الا في المكمل والموزون لانه ذكر في العبدین ولهذا لو استحق احدهما
بس له ان يرد الآخر فال في المكمل والموزون رد كله او اخذه ومراعاة بعد الغبض ثم قال
لو استحق البعض لاختاره في رد ما بقي **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها فرحامدا او
لمشتري جرح الجارية المسرعة وركوب الدابة في حاجته عد رضى بالمعيب لان ذلك
نايل - - - لاستبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب

(كتاب البيوع — باب خيار العيب)

شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشئ في الامور المملوكة
يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب
لا يستلزم رضا بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار
بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليرد ها على بائعها وليسقيها او يشتري لها علغا
فليس ذلك برضى اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان
في الركوب ضبط الدابة وهو حفظ لها من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف
فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا للصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي
لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون
العلف في عدلين وركب كان الركوب رضى لان حمله ح ممكن بدون الركوب
قوله ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم
به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يردده وياخذ الثمن كله
وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند انبي حنيعة رج وقال انه يقوم سارقا وغير سارق
فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في بد البائع
من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو
لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري ونصر فيه فله ان يردده وياخذ الثمن كله
باقية فينعد العقد فيه لانه يعتد هالكه متعيب به لان مباح اليد والدم لا يشتري كالمسلم لانه
اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المعيب عند تعذر الرد يرجع فيه
بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع
في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في بده وصاله مانع من الرد بعيب
سابق لما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملة ولم يعلم بالحمل في وقت
الشراء والقبض فمادت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفصل ما بين قيمتها حاملة

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

التي غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق
والمستحق لا يتناول العقد فينقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله * اولانه باع
مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فردة وصار كما
اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فردة على المولى فاقتص منه في يده
فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب * والجواب عن مسئلة الحمل
انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة رح فالمشتري يرجع على البائع
بكل النسن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري
ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض الملف وهو حصل عند المشتري * وعن قولهما
سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متناف
للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم
فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة * واما اذا مات في يد المشتري فيتقرر الثمن
عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيعاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل
فقد تم الاستحقاق * ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك
من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل
من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص **قوله** ولو سرق في يد البائع
ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما
عندهما يرجع بالقصاص كما ذكرناه آنفا وعدا بي حنيفة رح لا يرده الا برضى البائع
للعيب الحادث وهو القطع بالسرقته الحادثة عنده ثم الامر لا بخلو من ان يقبله البائع كذلك
وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع
بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وتلت

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

تَلَفَّتْ بِالْجَنَائِثِينَ وَفِي أَحَدِهِمَا الرُّجُوعَ عَلَى الْبَائِعِ فَيُنْقَسِمُ الصَّفْ عَلَيْهِمَا نَصْفَيْنِ وَالنَّصْفُ الْاِثْنَانِ
يَرْجِعُ فِيهِ عَلَى الْبَائِعِ لِرُدِّهِ الْعَبْدَ عَلَيْهِ * فَانْ قِيلَ اِذَا حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ ثُمَّ اطْلُعَ
عَلَى عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَقَبْلَهُ الْبَائِعُ كَذَلِكَ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فَلَمْ يَكُنْ
هُنَاكَ ذَلِكَ * أَجِيبْ بَانَ هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ نَظَرًا إِلَى جَرَيَانِهِ مَجْرَى اسْتِحْقَاقِ
وَمَا ذَكَرْتُمْ لَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ * فَانْ قِيلَ أَمَا تَذَكَّرُونَ مَا نَقَدَّمُ أَنَّ حُكْمَ الْعَيْبِ وَالِاسْتِحْقَاقِ
يَسْتَوِيَانِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ فَمَا الَّذِي أَوْجَبَ الْاِخْتِلَافَ
هَهُنَا بَيْنَهُمَا * قُلْنَا بَلَى لَكِنْ لَيْسَ كَلَامُنَا الْآنَ فِيهِمَا بَلْ فِيمَا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ اسْتِحْقَاقِ
وَالْعَيْبِ وَمَا يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الشَّيْءِ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَسَاوِيَهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ فَعَسَى يَكْفِي شَبَهَا
بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَالِاسْتِحْقَاقِ كَوْنِ الْعَقْدِ غَيْرَ مُتَاوِلٍ لِيَنْتَقِضَ الْقَبْضُ مِنَ الْأَصْلِ لَمَّا مَرَّ أَنْفَا
قوله وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي بِعَنِي بَعْدَ وَجُودِ السَّرْقَةِ مِنَ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْبَائِعِ إِذَا تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي
بِالْبَيَاعَاتِ ثُمَّ طَعَّ الْيَدُ فِي يَدِ الْآخِرِ يَرْجِعُ الْبَائِعُ وَهِيَ جَمْعُ الْبَائِعِ كَالْحَاكَةِ جَمْعُ الْحَاكِ
بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ عَدَا أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا فِي اسْتِحْقَاقِ لَانَهُ بِمَنْزِلَتِهِ وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعُ الْآخِرُ
عَلَى بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَى بَائِعِهِ كَمَا فِي الْعَيْبِ لَانَهُ بِمَنْزِلَتِهِ وَهَذَا الْآنَ الْمُشْتَرِي الْآخِرُ
لَمْ يَصِرْ حَاسِبًا حَيْثُ لَمْ يَبْعَهُ وَلَا كَذَلِكَ الْآخَرُونَ فَانْ الْبَيْعُ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ
كَمَا تَقَدَّمَ **قوله** وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ أَيُّ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي
بَغْيِدٍ عَلَى مَذْهَبِهِمَا لَانْ هَذَا يَجْرِي مَجْرَى الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا وَالْعِلْمُ بِالْعَيْبِ رَضَى بِهِ *
وَلَا يُفِيدُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الصَّحِيحِ لَانَهُ بِمَنْزِلَةِ اسْتِحْقَاقِ وَالْعِلْمُ بِهِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ
وَقَوْلُهُ فِي الصَّحِيحِ احْتِرَازَ عَمَارٍ وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ لَانْ حُلَّ الدَّمِ مِنْ وَجْهِهِ
كَالِاسْتِحْقَاقِ وَمِنْ وَجْهِهِ كَالْعَيْبِ حَتَّى لَا يَمْنَعَ صَحَّةَ الْبَيْعِ فَلَسْبَهُهُ بِالِاسْتِحْقَاقِ قُلْنَا عِنْدَ الْجَهْلِ
بِهِ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَلَسْبَهُهُ بِالْعَيْبِ قُلْنَا لَا يَرْجِعُ عِنْدَ الْعِلْمِ بِشَيْءٍ لَانَهُ إِنَّمَا جَعَلَ هَذَا
كَالِاسْتِحْقَاقِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي وَفَدَا أَنْدَفَعَ حِينَ عِلْمِهِ بِهِ وَقَدْ اسْتَرَاهُ * فَالْشَّمْسُ الْأَثَمَةُ

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

إذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي أصح الروايتين عن أبي حنيفة رح يرجع بالثمن أيضا إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق * وقال فخر الإسلام الصحيح أن الجهل والعلم سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعالم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قبل فيه نظر لا ناسلما أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لأن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن لكنه أجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لأحقاقته عند أبي حنيفة رح لأن في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك أو جاهلا قبل القبض أو بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب أن كونها أصح أو صحيحا يجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال * ويجوز أن يكون من حيث الدليل * وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجري مجراه **قوله** ومن باع عبدا وشرط البرأة من كل عيب البيع بشرط البرأة من كل عيب صحيح سمي العيوب وعددها أولا علمه البائع أو لم يعلمه وقف عليه المشتري أو لم يقف أشار إليه أولا موجودا كان عند العقد والقبض أو حدث بعد العقد قبل القبض عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح في رواية * وقال محمد رح لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن أبي يوسف رح وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله وقال زفر رحمه الله إذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط * وقال الشافعي رح لا تصح البرأة عن كل عيب مالم يقل عن عيب كذا وعن عيب كذا وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البرأة من العيب مع التسمية مالم يره المشتري * وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين أبي حنيفة رح في مجلس أبي جعفر الدوانيقي فقال له أبو حنيفة رح أرايت لباع جارية في المأتن منها عيبا كان يجب على البائع أن يري المشتري ذلك الموضع منها أرايت لو أن بعض خدام أمير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برصا كان يلزمه أن

(كتاب البيوع — * باب خيار العيب *)

ان يري المشتري ذلك وما زال عدد حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به * الشافعي ^{في البيع}
يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط
باطل بناء على مذهبه ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في البراءة معنى
التملك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فردا براءة لم يصح البراءة وتملك المجهول
لا يصح ولما ان البراءة اسقاط لا تملك لانه لا يصح تملك العين بهذه اللفظة ويصح البراءة
باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتملك لا يتم بدونه والاسقاط لا تضي الجهالة
فيه الى المازعة لان الجهالة انما بطلت التمليكات بغوات التسليم الواجب بالعقد وهو
لا يتصور في الاسقاط فلا تكون مبطله له ولهذا جاز طلاق نسائه وعتاق عبيده وهو لا يدري عدد هم
قوله وان كان في ضمنه التملك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد * وتقريره ان ذلك لما فيه
من معنى التملك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لاننا بينا ان محض التملك لا يبطل بجهالة
لا يفوت التسليم كما اذا باع فغيزا من صبرة فلان لا تبطل الاسقاط الذي فيه معنى التملك
والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى * وجه قول محمد رح ان البراءة تتناول التابت
حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم يحدث ام لا واي مقدار يحدث والتابت
ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف رح يقول الغرض من البراءة الزام العقد باسقاط
حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث * فان قيل لونص بالحادث فقال بعث بشرط البراءة عن كل عيب
وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيبه كيف يدخل في مطلق البراءة
فلما لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف رح خلافاً لمحمد رح
سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث
قبل القبض تبعاً وقد يدخل في التصرف تبعاً لا يجوز ان يكون مقصودا * والجواب
عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعث هذا العين على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله اعلم

* باب البيع الفاسد *

تاخر غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه وثقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا * وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كال تسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحرباطل لانعدام الركن وهو مبادله المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد ما لا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عند هم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف رح في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعها فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عند هم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومته في بيعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادله المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند البعض من اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بخلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق المسلمين كيلا يتمولوا بها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر **قوله** والباطل لا يعيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وكل ما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرتبة فالباطل لا يفيد ملك الرتبة وانه هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ منهم ابو نصر احمد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد*)

أحمد الطواويسي وهورواية الحسن عن أبي حنيفة رح نص على ذلك في السير الكبير
نقله أبو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن
المالك فيكون امانة وعند بعض آخر منهم شمس الائمة السرخسي رح وهورواية
ابن سماعه عن محمد رح يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك
ههنا والمقبوض على سوم الشراء وهوان يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته
اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه
أبو الليث رح في العيون قيل وعليه الفتوى * وقال محمد بن سلمة البلخي الاول
قول أبي حنيفة رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى
والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك
باتفاق الروايات * واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر
في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع
بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض *
فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطى جارية اشتراها بشراء فاسد وجاز
اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك
لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك * فالجواب انما لم يحل وطئها واكله ولم تثبت
الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطئ والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرب
الفساد وتاكيد فلا يجوز * واعلم ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا في مبني جواز التصرف
للمشتري في المشتري بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع
على ذلك لاعلى ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين ملك الامور
المذكورة ولم يملكها * وذهب مشائخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

واستدلو بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنيتها ارفللمشتري ان يأخذها
بالشفعة لنفسه * ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء *
ولو باع الاب او الوصي عبدا يتيما بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جازعتقه ولو كان عتقه على
وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما على العتق لا يجوز * فعلم بهذه الاحكام انه يملك
العين * واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك
عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف
الشافعي رح وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا بيع الميتة يعني
كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع
واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو ما ان يكون بالدين كالدرهم والدنانير او بالعين فان كان الاول
فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر
ويفيد ما يقابلها من البديل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا
الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز يقابله قيمة لان الشرع امر باهانه
وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه
بالعقد مقصودا اي يجعله مبيعا اعزازه وهو خلاف الما موره وبيانه ما ذكره بقوله وهذا الا انه
متى اشترى ما بالدرهم والدنانير فالدرهم غير مقصود لكونها وسيلة لما انها تجب
في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف الما موره فسقط التقوم اصلا
لئلا يفضي اليه خلاف الما موره وح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب يجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز
لثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف
ما موره فلا يكون باطلا وفسد التسمية ووجب قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع
الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه

كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *

لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمننا ومثمننا فلما كان في الخمر جهة التمنية ^{جميع} ^{قوله} جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان ^{قوله} وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسداي باطل وانما فسر به ذلك لثلاثتهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى آخره وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الا بطلان وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه واله وسلم اعتقها ولدها فينتفي الآخر * لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا * لان المجاز مراد بالاجماع * وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى * وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الالهية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الالهية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بان انعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت * وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد لازمة في حق المولى ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الآخر * وانما قيد بقوله في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيزه نفسه * فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحروح بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحروح الامر بخلافه * فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

محليته للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما *** ولهذا جاز بيع ام الولد والمدر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصّة بقاء جائز * بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصّة ابتداء وانه باطل على ما يجه **قوله** ولورضي المكاتب بالبيع فقيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع فقيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما استقط حقه برضائه انفسخت الكتابة وجاز البيع * وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد بالمدر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المأثر في التدبير وفي المطلق خلاف السافعي رح وقد تقدم فيه وان ماتت ام الولد والمدر برقي يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح ولا تجب عليه فيستهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهذا ليس على ظاهرة بل الروايتان عنه في حق المدر * روى الملعى عن ابي حنيفة رح انه يضمن قيمة المدر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة رح انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها * والفرق لا يبيح حنيفة رح بين ضمان الغصب في المدر وضمن بيعه في غيره رواية الملعى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي ان كل واحد من المدر و ام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدر و ام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء * فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه ولا**

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولا يكتفي به رح ان جهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كملكات في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كنبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد امع عبد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قوله** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع مالم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخفى اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا اسلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى مالم يره **قوله** الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بدخل فيه * وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها المدخل ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باع الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز * ولا يشكل بما اذا غسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحزره او يهيئ له موضعا * لان الغسل اذا كان قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فانها ليست فيها على وجه القرار **قوله** ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير في الهواء على ثلثة اوجه * الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك * والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم * والثالث بيع طير يذهب ويحيى كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر * وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولانتاج الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه واله وسلم عن بيع الحمل وحبل الحبله والنتاج في الاصل مصدر نجت الناقة بالضم ولكن اريد به المتزوج ههنا والحمل مصدر حبلت المرأة حبلان فهي حبلان فسمي به المحبول كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه * قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ا يكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قوله** ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة * للغرر لجواز ان يكون الضرع منتخا يظن لبنا والغرر منهى عنه * والنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستصفي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن * ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين * لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه * ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصله بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد*)

في اعلاها وتركها ايا ما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والا على ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه * اما الصوف فان نموه من اسفله فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع * واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع ابي التثني فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في صرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قوله** وجدع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع اولا لانه لا يمكن التسليم الا بضر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولولم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر للجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يمسح المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المنع وهو الضرر * ولو باع النوى في التمر او البزور في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا لاي هوشى مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبليها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه فهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبليها انما يقال بيعت هذه الحنطة فالمدكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه * واما بزور البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزور والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزور ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

مذكور او ما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه **قوله** اما الجذع فعين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزروالنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع المعين موجود اذا الفرض فيه والنوى والبزر ليسا كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح شاة و سلخ جلد ها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقه فكان تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر عا جزا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد * واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا فلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم **قوله** وضربة القانص القانص الصائد يقال قص اذا صاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي هو ان يقول للتاجر غوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئا **قوله** وبيع المزاة عند الرفع والجرفيه وفيما تقدم جائز والمزاة وهوي بيع النمر بالاء الملبسة على اسخيل بتمر بالناء المتناة مجد و ذمل كيل ما على النخيل من الثمر حرزا وطا لا حقيقيا لانه لو كان مثله كى لا حقيقيا لم يبق ما على الراس ثم را بل تمر ا مجد و ذالذي يقابله من المجد و ذ لا يجوز لان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن المزاة والمخافله والمخافلة بيع الحنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع الغنم بالزبيب على هذا * وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزبنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس الخيل بخرصها تمر افما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقته معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرورة عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصير ملكا للموهوب له مادام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من الثمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي يباع مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين * الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رض ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر * والثاني انه جاء في حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القرآن في الظم لا يوجب القرآن في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير بنا في قوله عليه السلام المشهور بالتمر بالتمر مثلا ومثلا والمشهور فاض عليه قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها * بيع الاملاسة وهو ان يتسام الرجلان في السلعة فيلتمسها المشتري بيده

(كتاب البيوع — * باب البيع العامد *)

فيكون ذلك ابتياعا لارضى مالكها بذلك او لم يرض * وبيع المبادضة وهوان يتراوض الرجلان على السلعة فيحب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له رد ها عليه * وبيع القاء الحجر هوان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم وعبرة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمبادضة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري ابي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته وابي ثوب لمسته بيدك فقد بعته وابي ثوب نبذته الي فقد اشتريتها ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه **قوله** ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلاء وهو ماليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد بن ح * وقيل ماله ساق وماليس له ساق فهو كلاء وانما يفسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلاء وعلى مصدر رعى فلو لم يفسر بذلك لثوهم ان يبيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلاء او لم يكن اما عدم حواز بيع الكلاء الغير المحرز فلانه غير مملوك لا يشارك اليه فيه بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاء والبار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بها بضمونها والاصطلاح بهاء الشرب وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحباض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان غيرة ان يقول له ان لي في ارضك حقافا ما ان توصلني الى حقي او تحششه فتدفعه الي او تدعني حتى آخذ كنوب لرجل وقع في دار انسان * هذا اذا نبت بنفسه طاهر واما اذا انبتته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه * وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلاء ثابتة بالنص وانما تنقطع بالهبة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلاء فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه * واما عدم جواز الاجارة لمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوك * والاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استجار الصباغ واللبن في استجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئارة ولم يذكر ان اجارة الكلاء وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجارة بالقبض وينفذ عتقه فيها **قوله** ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف رح لا يجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير ما كول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام وهي المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها وقال في الجامع الصغير اريت ان من وجد بها عيبا بكم يرد ها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها ولا رغبة في عيها وقوله والانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك معدوم في الحال * قيل قوله لا يبيعه احتراز عن المهر والجمش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المال باعيا لهما * وفيه بعد لخروجهما بقوله بما يخرج منه * واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منععا به حتى لو كان معه ما يخرج منه بان باع كواره بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تباعه كذا ذكره الكرخي رح في مختصرة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر وأما إذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبعية وإن لم يجزأ فرادة بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكى عن أبي حسن الكرخي أنه كان ينكر هذه الطريقة ويقول أنما يدخل في البيع على طريق التبعية ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل إلا أنه ذكر في جامعته هذا التعليل بعينه عن أبي يوسف **رحمته الله** ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز وبيضه وهو البزور الذي منه يكون الدود لا يجوز عند أبي حنيفة **رحمته الله** لأنه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد **رحمته الله** لكونه منتفعاً به ولما كان الضرورة في بيعه قيل وعليه الفتوى وأجاز أبو يوسف **رحمته الله** بيع دود القز إذا ظهر فيه القز تباعه كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقاً لما كان الضرورة ونقل عنه أنه مع أبي حنيفة **رحمته الله** كفاي دودة وهذه العبارة تشير إلى أن أبا حنيفة **رحمته الله** إنما لم يجوز بيعه بانفراداً أما إذا كان تابعاً فيجوز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا يبيع الطير في الهواء وإنما ذكره هنا اتباعاً لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لأنه وضعه ثمه كذلك **قوله** ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد **رحمته الله** في الأصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولأنه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقاً وهو الذي لا يكون أبناً في حق أحد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم أنه عبده لأن المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفى العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضاً بمجرد العقد أو لا إن كان قبضه لنفسه يصير قابضاً بعقب الشراء بالاتفاق وإن قبضه للرد فاما أن يشهد على ذلك أو لا فإن كان الأول لا يصير قابضاً لأنه أمانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى هلك من مال المولى وبفض الإمانة لا ينوب عن

*
(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة *
واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة * وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وذكر الامام الترمذي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف رح وقول المصنف رح يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف رح القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعافدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشائخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فاعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينفيه * وروي عن ابي حنيفة رح ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعافاه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق مقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا باع بعد البيع وهكذا يروي عن محمد رح وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشائخنا رحمهم الله *
واما اذا رفعه المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قوله** ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي رحمه الله لأنه مشروب طاهر وبيع مثله جائز
كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازاً من الخمر فانها ليست بطاهر ولما انه جزء الآدمي
لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البغضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس
لا يمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بأنه لو كان جزء الآدمي لكان مضموناً
بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب باننا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف
بل المضمون ما انتقص من الاصل الا يرى ان الجرح اذا اتصل به البرء سقط الضمان
وكذا السن اذا نبتت **قوله** وهواي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلاً
آخر وتقديره ان الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتدال وما يرد عليه البيع
ليس بمكرم ولا مصون عن الابتدال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لأنه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز
على جزئها اعتبار الجزء بالكل * والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز * وبإياه
ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص
بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهواي المحل هو الحي ومعناه انها صفتان
يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذا لحيوة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق
لانتفاء الموضوع * والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروباً مطلقاً
او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه
غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يترتبون الابلن الجنس عادة ولكن لا يدل
ذلك على كونه مالاً كاملياً تكون غداء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه **قوله**
ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز
بيعه وعليه الاجماع ولان نجس العين لا يجوز بيعه اهانه له ويجوز الانتفاع به للخزير للضرورة
لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

أجاب بأنه يوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى بيعه وعلى هذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبيع
جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع * وقال أبو الليث رح ان كانت الاساكفة لا يجدون
شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسدة عند ابيوسف رح
لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماء غير
حالة الاستعمال وقال محمد رح لا يفسد لان اطلاق الانتفاع بدليل على طهارته ووقوع
الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المصنف رح اختار قول ابي يوسف رح حيث اخبره * قيل هذا
إذا كان منتوفاً واما المجزوز فظاهر كذا في الثمر تاشي وقاضي خان **قوله** ولا يجوز بيع
شعور الانسان بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد رح انه يجوز الانتفاع بها
استدلالاً بما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين حلق رأسه قسم شعرة بين
اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجساً لما فعل ان النجس لا يتبرك به * وجه الظاهر ان الآدمي
مكرم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهاناً مبتدلاً في البيع والانتفاع
ذلك ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يوصل الشعر
والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رح بيع شعر الخنزير اعزازاً فيما تقدم
وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجباً للمرين
متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه
ومبادلته بما لم يحقره اعزازه فلا يجوز لافضاءه إلى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما كرمه
وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضاءه إلى تحقير ما عظمه الشرع
فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعاً * ثم ان عدم جوازهما ليس
للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا يتنجس بالمزايلة فشعرة وهو طاهر اولي
ولان في سائر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة * وقال السافعي رح نجس لحرمة الانتفاع به
وهو محجوج بالضرورة * ولا بأس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد *)

اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذواتهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
لانه غير منتفع بها لنجاستها قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم غير المدبوغ
كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات
ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فمالم ير ايل بالدباغ فهي كعين
الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهى وهو يقتضى المشروعية فمن
اين الاجواز فالجواب انه نهى عن الافعال الحسية وهو يفيد طاع التقرير تطالع عليه
ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبة
كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها وبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم
في كتاب الصلوة والغيل كالخنزير نجس العين عند محمد راح اعتبارا به في حرمة اللحم
وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب
وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس
فلا يجوز بيعه **قوله** واذا كان السفلى لرجل وعلوه لاخر فسقطا وسط العلو و حده فباع
صاحب العلو وعلوه لم يجز لان حق التعللي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل
للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا
لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في روايه وهو اختيار مشايخ بلح رحمهم الله لانه حظ من الماء
لوجوب الضمان بالادلاف فان سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن
ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهدا احدهما بشراء ارض بشربها بالف وآخر
بشائها بالف وامر به كذا الشرب لم تقبل لانهما اخسأ في ثمن الارض لان بعض الثمن بقابل

يقابل الشرب * وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعاً لزوالها باعتبار التبعية **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقة الطريق وهبته جائز لكونه معلوماً بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذ لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء * والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي رح * والناني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة * وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطاً من الثمن حيث قال دارين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لاحق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلاثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلاث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز * وصححه الفقيه ابواليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر * واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفاً وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

مجهول الاختلاف التيسيل بقله الماء وكثرته * والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق بينه وبين التعلّي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلّي يتعلق بعين تبقى وهو البناء فاشبه المافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها * وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه ^{قله} ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحداً فالثلة فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالنجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والاستغراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكباش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما العظم التفاوت والوداري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا جنسان مختلفان على ما قال المشائخ رحمهم الله في شروح الجامع الصغير * واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان الصفة والابلاغ في التعريف اقوى * وان كان مما يكونان جنسا واحداً فاعتد يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا التسمية لان

(كتاب البيوع — باب البيع الفاسد *)

لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية قضيًا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد رح فاذا باع كبشًا فاذا هو نعمة، انقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فاذا خرج عن كونه معر فاجعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبد اعلى انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف رح الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تنديد بكونه انتقص لان انظا هرا ن صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعنابي كذلك * وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدور الشهيد رحمهم الله ان الموجد ان كان انتقص من المشروط الفات كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه * وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضاء * واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجد احد عشر فهو له **بلا خيار قوله** ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حاله او نسيئذ فقبضه ثم باعه من البائع بخمس مائة قبل نقدا الثمن فالبيع الثاني فاسد خلا فالشافعي رح هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كالموابع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمه اقل من الالف * وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه * اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر * والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض * والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رح جوزة قياسا على الاقسام لباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق * ونحن لم نجوز بالاثرو المعقول * اما الاول فما قال محمد رح حدثنا ابو حنيفة رح برفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعته

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد *)

منه بثمنا ثم درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمنا شريت وبثمنا اشريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطال حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فقلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى
فله ما سلف * ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد
مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان
مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك
فكان فاسدا * وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدين كان
بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق
الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبهم جواز البيع
الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث
قالت بثمنا شريت مع عرائنه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني
فان قيل القبض غير المذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه
اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم
الفساد كما في تغريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد
ليس للبيع ثمه بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا * واما الثاني
فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة
بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز * بخلاف ما اذا باعه من غيره
لان الربح لا يحصل للبائع * وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه
المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان * وبخلاف ما اذا اشترى
بالثمن الاول لعدم الربوا * وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل
للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان جعل في مقابلة الجزء الغائت الذي احتبس عند المشتري * وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر رح لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا **قوله** ومن اشترى جارية بخمس مائة هذه من فروع المسئلة المتقدمه لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشترىها من البائع * وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للآخرى باقل مما باع وقد تقدم فسادة ونقض بما اذا باعهاما بالف وخمس مائة فان البيع فاسد ذكرها العلامة في الاتقان وشمس الائمة وفخر الاسلام في جامعها ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمس مائة فلا يجري فيه الاصل المذكور * واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز * وبيانه اننا لو جعلنا بازاء ما باعها الفاجاز وان جعلنا الفاحبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز * وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على انه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة او اقل او اكثر فتعدد جهة الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف * والاوولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحاً للمحرم * ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور * اما لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي رح المتقدم وفيه نظر اما لاولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي رح فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي رح كان بعد وضع المسئلة

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

فكيف توضع المسئلة بناءً على شيء لم يقع بعد * ولان ابا حنيفة رح ابطال اسلام القوهي في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي رح ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلوا اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتباراً للشبهة الشبهة وهي غير معتبرة * وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيباً فيردّها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبائع الثاني يقع الا من عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً الفاً بخمسائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما لان الفساد طارئ لوجهين * احدهما انه قابل الثمن بالجاريين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون فيه بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبيع ففسد البيع فيما باع ولا شك في كونه طارئاً فلا يتعدى الى الاخرى * ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخرو البيع جائز في العبد * لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا جاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك لمعنى فيه لاني العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر * والاني المقتضا فانه لما باعها بالثمن ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة منلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقتضا تقع عقوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عند ذلك لاشك في طروئه فلا يسري الى غيرها قوله ومن اشترى زيتاً على ان يذره بظرفه اشترى زيتاً على ان يذره بظرفه وبطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو ناسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الطرف ما يوجد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وعسنى ان يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاها وان اشترى
على ان يزنه ويطرح عنه بوزن الطرف جاز لكونه موا فقام لمقتضاها **قوله** ومن اشترى سمنا
في زق ومن اشترى سمنا في زق وردا الطرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق
غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين
الزق المقبوض ارفي مقدار الثمن * فان كان الاول فالمشتري فابض والقول قول القابض
صميا كان كالمغاصب او امينا كالمودع * وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه * فان قيل
الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحاف * اجيب بانه يوجه
اذا كان قصد او هذا ضمنى لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق * والفقهاء فيه ان الاختلاف
الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع عقدا آخر
واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجه
قوله واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرأها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح خلا فالحما
وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف وقال الموكل
لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية * ولان ما ثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشرة بنفسه ولو باشرة بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به *
وقال ابو حنيفة رح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل * فالاولى
اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في المأمورية والنصراني ذلك * والثانية اهلية ثبوت الحكم له
والموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا برى الى صحة ثبوت
ملك الخمر للمسلم ان اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر او خنزير لا يقال الورثة
امر جبري والتوكيل اختياري فاني يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل
بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك ينبت بدون اختياره كما في الموت *

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

الا يرى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمر اثبت الملك فيها لمولاه المسلم
بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لاسالب ثم الموكل
به ان كان خمر اخللها وان كان خنزير اسببه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة *
وقولهما الموكل لا يلية فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر
بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلية الشراء لنفسه * وبالقاضي اذا
امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلية التصرف بنفسه * وبالذمي اذا
اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلية
ذلك بنفسه * والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق العقد في النكاح
ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قوله** ومن باع عبد اعلى ان يعتقه المشتري شرع
في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً لفرع اصحابنا *
وتقريرة ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد
كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف
ذلك * وهذا ينقسم الى ما كان متعارفاً والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه
منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه
وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه * ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيد
وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاته
يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق *
وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفاً كبيع النعل مع شرط التبريك كذلك
لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف
ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المازعة
والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

على ما لا عرف فيه بجامع كونه شرطاً والعرف قاض عليه * وفيما اذا لم يكن متعارفاً وفيه
منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسداً لوجهين
لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصداً المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط
عن العوض وهوربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشرط
منفعة فكيف يكون ربواً لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد
فكان ربواً ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف
في بيان اسباب الشرائع * وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم
انه حر كان البيع باطلاً فاشترط منفعته كاشترط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين
وفيما اذا لم تكن فيه منفعة لاحد فالببيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط
لغواً وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع به نص عليه في
آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه
والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان العبرة
بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر * واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد
بشرط ان يعتقه المشتري او يدبرة او يكاتبه او امة على ان يستوادها المشتري فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان نفيته الاطلاق في التصرف والتخير
لا الالتزام حتماً والشروط تقتضي الالتزام حتماً والمنازعة بينهما ظاهرة وليس احد هما
من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون
مشروعاً باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعاً وبالنظر
الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسداً * ولا خلاف في هذه الجملة بيننا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وبين الشافعي رح الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوز و يقيسه على بيع العبد نسمة
وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف رح بان يباع ممن يعلم انه يعتقه
لان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي رح ما ذكره المصنف رح صح قوله يقيسه لانهما
غير ان فيصح قياس احد هما على الآخر ان ظهر جامع * وان كان تفسيره عنده ما ذكر
في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف رح يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس
الشيء على نفسه * وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير ثبت
بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه قالت
ان شئت عددتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشتريتها واعتقتها وانما اشتريتها
بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وغيرها في معناها
في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي رح
قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث
نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة رح
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم والمعقول
ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد * والجواب
عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد
وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقاً و وعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك
فان بيع المكاتبه لا يجوز بدون رضاها * السمة من نسيم الريح وسميت بها النفس
وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضاً للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها
في باب العتق خصوصاً في قوله عليه السلام فك الرقبة واعتق السمة صارت كانه اسم
لما هو يعرض العتق فعولت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب
فان وفي بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب النسي عند ابي حنيفة رح وقال

(كتاب لبوع — * باب البيع الفاسد *)

وقال ابن يونس فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بـ بداشرط اولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبار الحقيقة الحرية بحق الحرية ولا يبي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغائر للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للمالك والمنهي للشيء مقرر له الا يروى ان العتق لا يمنع الرجوع بقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقاءه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد فقد تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين * وتامل حق التامل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا * فان كان الاول فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع * وان كان الثاني كان العقد به في الابداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولمنعكس لاننا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالببيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه بوجه آخر فانه لا ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فنقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها يبين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعاق والموت قوله وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسدا لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد العاقلين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان يترضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم يلزم الاجنبي ولا ضمان على المشتري لانها

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

بست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن بخلاف
شروط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع
سلف وايضا اشترط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن
قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمها الي رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين
اطل لافضائه الي التحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع
والثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك
اجل فيه مفسد للحاجة الي التحصيل **قوله** ومن اشترى جارية الاحملها ذكر في هذا الموضع
لعقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام * الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء * والثاني ما صح
بيده العقد وبطل الاستثناء * والثالث ما صح فيه كلاهما * اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة
الرهن فاذا باع جارية الاحملها او آجر داره على جارية الاحملها او رهن جاريته
لاحملها او كاتب عبده على جارية الاحملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة
لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا
ما في معناه * والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسد ها وذلك لما ذكره من الاصل فيه
ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناء من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم
يا اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويتقرر
نراة وبيع الاصل يتناوله فلا استثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى
تصور دلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا **قوله** غير ان المفسد في الكتابة
ستثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الناسد في الكتابة اما يكون
فسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته
حيث دخل في البذل * واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج
من الكوفة فلان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهى لانه مال في حق المولى ولا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه * واما الثاني فكا الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشرط الفاسد لان الفساد باعتبار افضائه الى الربو وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنها عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عليه السلام اجاز العمري وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكا الوصية اذا وصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعتراض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افرادة بالعقد لا يصح استثناءه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افرادة بالعقد يصح استثناءه في الوصية مما يصح افرادة بالعقد فانه لو قال اوصيت بخدمة هذه الجارية فلان صح العقد فوجب ان يصح استثناءها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلان سلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتا ولها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقد او عكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افرادة بالتمتع وانتم تبرؤوا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما واستبراء ابنا ماء نعم العكس وجوبا

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لو ارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة لكن يلزم فيهما صفقة في صفقة فكابهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية **قوله** ومن اشترى نعلا هذا النعل بالمال قطعها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الصرم هو الذي يتطع بالمال وشرك المال وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظاهر القدم فمن اشترى صرما وشرا ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بيننا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجما عافعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو انصبغ لا الصبغ وحده ولكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهر كان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذ الم يعرف المتبائع مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في القضان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عد هما وكان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطى

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد*)

وطي الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح لغة فيه والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقديم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة محتملة في الكفالة الا يرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان فني وصمه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رض منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو اضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذ ابا ع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه محتملة بمنزلة الكفالة لعدم ابتناؤه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولوباع الى هذه الآجال اعنى النيروز والمهرجان الى اخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراى باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لفررح هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في الكاح يعني على اصلكم واما على قول فررح فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في الكاح وهذا استدلال من جانب فررح بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا استقط ارتفع المفسد قبل تفرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد

(كتاب البيوع — * باب البيع الفاسد *)

لا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم استظا الدرهم الزائد اجاب بان هذه
لجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد
فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا انكح بغير شهود ثم اشهد ابعدا النكاح فانه لا ينقلب جائزا
وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم استظا الاجل لا ينقلب جائزا
واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى
ن من صلي بغير طهارة ثم تظهر لم تنقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح
يس باجل لان الاجل ما يكون منظر او الهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله بخلاف النكاح
جواب عن قياس زفر رح على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا
نبل تقررا لمفسد ولم نقل ان عقد ا ينقلب الى عقد آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد
غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم ترا ضيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قوله** ومن جمع بين حرو عبد او شاة ذكينة
وميتة اذا جمع في البيع بين حرو عبد او شاة ذكينة وميتة بطل البيع فيهما مطلقا سواء فصل
لنمن او لم يفصل عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمي لكل واحد نمنا
نل ان يقول اشترىتهما بالف كل واحد منهما بخمس مائة جاز العقد في العبد والذكينة وان جمع
بن عبد ومدا بر او بين عبدة وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من النمن عندهم خلافا
زفر رح فيهما اي في العبد والمدا بر او في الجمعين جميعا وتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
ام الولد كالمدا بر فان قيل متروك التسمية معتبه فيه فصار كالمدا بر فوجب جواز بيعه
ع الذكي كبيع النمن مع المدا بر اجيب بان ليس بمعتبه فيه بل خطأ بين المخالفين الدليل
ظاهرو هو قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بَنَاءً عَلَيْكُمْ حَتَّىٰ ان الْقَاضِيَ إِذَا قَضَىٰ بِحِلِّهِ
بعض الفضاة فكأن بمنزلة من جمع بين حرو عبد في البيع لئلا يفرح الاعتبار بالعصم الاول
منى الجمع من المحرو والعبد بجم مع انتفاء المحلية في حق الجمع ولا يبي يوسف ومحمد رح

روح النسيئة لكل ثمن ان الفساد بقدر الفساد الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في النسيئة يكونه
 ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون الفن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واجنبية
 في عقد الكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولا يحنق في روح
 وهو الفرق بين فصل الحر والمد بر مع الفن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال
 والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احد هما دون الآخر
 واذا كان كذلك فكان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه
 فكان شرطا فاسدا وفيه بحث * اما اول فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة
 وح لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد * واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون
 فيه منفعة لا احد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربو وليس في قبول العقد
 في الحر منفعة لا احدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا * واما ثالثا فلان قبول العقد
 في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لتلاي ضرر البائع
 بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمد بر
 واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يتكرر البيع والشراء وقد تقدم
 في اول البيوع * وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما
 بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعث هذا العبد بخمسائة علي ان تسلم
 الي خمسائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربو * وعن الثالث
 بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه * واذا ظهر
 هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر رح عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب
 عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء
 من قبل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد و اراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد
 وغيرهم الذين هم خاوا تحت العقد اقيام المالية فانه باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان

وقوله ولهذا ينبغي يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف علي اجازته وفي المكاتب علي رصاه في اصم الرواتبين وفي المدبر علي قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد بعد عداسه في يده وابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رح بقاء علي ان الاجماع اللاحق برفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء علي خلاف الاجماع فلا ينفذ وعدهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول العقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وسع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذ لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر بدل علي ذلك تمام كلامهما * ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالكه فان الاجازة وبقاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا انذرها عرفنا المحليه فيهما ولا محل للبيع الا بقيام المالكه فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهو لاء باستحقاقهم انفسهم ودوا السع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبد من وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحدا من كورس لا يكون سرطا للمعامل في غير المبيع ولا سعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في السع ولهذا لا يسرط حاله العقد بانيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر منه اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر

* فصل في احكامه *

[illegible]

فذكر في ترتيب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شئ بل
 به القبض * وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا ودلالة والمعنى
 بدلالة الاذن هو ان بقبضه عقيب العقد بخضرة البائع فان لم يكن بخضرة البائع
 لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيد مطلقا * وقيد ان يكون في العقد عوضان ما لان لفائدة
 سذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشائخ رحمهم الله سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع
 في البيع الفاسد مملوك بالتصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وذل السامعي رح
 القبض في البيع الفاسد لا يعيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة المملك لان
 المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان الهبة نسخ للشروعية للتضاد بين الهبة
 والمشروعية اذ الهبة تقتضي القسح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما صافاة والمسوخ
 المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيد قبل القبض فصار كما اذا باع الحمير بالدرهم
 او بالدينه وقبضها المستري فانه لا يعيد الملك ولما ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع
 وهو مبادلة المال بالمال نظري الاكتساب بالرضى صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل
 في العاقد بين مصادف الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك بفد الملك فهذا السع يفيد
 لا يقال قد يكون الهبة مانعا عن ذلك لان الهبة بغير المشروعية عدالة مصالحة الصور
 ليكون النهي عدايتكون ليكون العبد منلى بين ان يترك باختياره فيناب وبن ان تأتي به
 فيعاقب عليه ونفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قسح مقصي الهبة
 فجعلناه في وصته مجاورا كما في البيع وقت الداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير
 على وجهه انهم واعرض بان المحظور في البيع وقت الداء مجاورا ما في المتنازع فيه
 فهو من قبل ما اتصل به وصفا فلا يكون فواءه كما في السع وقت الداء صححا وانما الحكم
 هناك الكراهة وفي الممازغ فيه العساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة
 بيان ان المحظور ليس بمعنى عي عن الهبة منه كما زعم المحصم * والمجاور جمع والمفضل

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

وصفاً سيان في ذلك * وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك **قوله** وانما لا يثبت قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيد قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضاً فلا يكون واجب الرفع بالا متناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولي لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالمبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض ان تقرير الفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم ان يكون الشيء مع غيره شيئاً لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت المانع به معلق بسقوط الخيار معني لانه يقول علي اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر الغير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتماع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها **قوله** ولان السبب دليل آخر علي افاضة البيع الفاسد الملك بعد القبض * ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لما كان اقترانه بالبيع فيشترط اعتضاده بالقبض في افاضة الحكم لان للقبض شبهة بالايجاب فصا ركان ايجاب البيع الفاسد اذ اذ قوة في نفسه فهو كاهبة في احتياجه الي ما يعضد العتد من القبض وقوله

كتاب الخمر * باب البيع الفاسد * فصل في حكمته

والهبة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة * والهبة
 ان الميتة ليست بمال وماليس بمال لا يجوز فيه البيع لغوات ركنه ولو كان الخمر مضمنا
 وهو ما اذا اشترى الخمر بالدرهم فقد خرجنا يعني في اوائل البيع الفاسد واراد به ما قاله
 واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم
 من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مضمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشي آخر ابي دليل
 آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر
 لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسليمها فلو قلنا بان عقاد البيع في الصورة المذكورة
 لجعلنا القيمة مضمنا لان كل عين يقابلها الدراهم او الدنانير في البيع فهو مضمن لتعين الدراهم
 والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به
 تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة
 الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح
 استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة
 فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة
 ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
 ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد
 يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد *
 وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت
 بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت مقتضى وهو التسليط على القبض *
 بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا مادام في المجلس لان التصرف
 وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن
 في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال لينتفع ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحروالريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالمية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مئنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولي بالبطلان وقوله اي قول القدروري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في ذوات الامثال كالمكيات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعدر قوله ولكل واحد من المتعاقدين اي كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعاً للفساد سواء كان قبل القبض اربعة اياما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفسد الحكم فكان الفسخ امتناعاً عن ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او شرطاً زائداً كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ايخنيقة و محمد رحمهما الله لقوة الفساد * وعدا بي يوسف رح بحضرة وغيبته * وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص * واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل فليطلب في شرح الطحاوي وفيل المذكور في الكتاب قول محمد رح ووجهه ما ذكر ان العقد عوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضاء لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ايخنيقة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقاً للشرع فانتهى اللزوم عن العقد

كتاب البيوع * باب البيع الفاسد * فصل في الجارية

العقد وفي العقد الغير لازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في قوله في خبره
والايضاح والكافي قوله فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئاً يملك التصرف فيه سواء كان تصرفاً لا يحتمل
النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولاً لم يحل
أكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكراً الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقاً واجيب
بالمع فان محمد ارح نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع
سلطة على ذلك * وذكر شمس الاثمة الحلواني بكرة الوطئ ولا يحرم فالمدكور في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط
فبدلته اولى * وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهوينفك عن صفة الحل *
فان كان البيع نافذاً سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبائع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم
حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجاً
لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق
بذلك حق العبد فكان ذاك تحكماً واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعذار وفساد السراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد رح من يفسخها
وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة
والبيع مرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ
على الرقبة والمكاح على حاله فائمه وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين
ما كان للمورث وهذا يرد بالعيب وورد عليه وذلك الملك كان مستحق النقص فانتقل
الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري
بحكم الفساد * وهذا بخلاف ما لو وصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث

(كتاب البيوع - * باب التبيع الفاسد * - فصل في احكامه)

لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع **قوله** ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذا خلل فيه لاني ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته وذلك باطل والجواب ان الانتماء فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الامنه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته **قوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا من نقض التصرف لم تنقض تصرفات المشتري في الدار المسفوعة من البيع والهبة والبناء وغيره التعلق حقه بها لكن للسفيح ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال لان كلوا حد من حق المشتري والسفيح حق العبد ويستويان في المشروع فيجوز نقض احد هما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده وما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق السفيح راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فتنتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة السفيح

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * فصل في بيع العبد)

الشفيع ليكون نقضه نقضاً لما تم من جهته وهذا لان التسليط إنما يثبت بالأذن أو بإثبات الملك المطلق
 للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك **قوله** ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه
 بأذن البائع واعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً وأعاد لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد رَح
 لو تركه أو وهبه وسلمه فهو أي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة أما جواز
 فلما ذكرنا أنه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ وأما وجوب القيمة فلما
 تقدم أنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالأعتاق قدهلك فصار كمغصوب قدهلك
 وفيه القيمة وبالحبة والتسليم والبيع قد انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفاً من قوله
 لتعلق حق العبد بالثاني * والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا
 اتصل بالقبض صار لازماً في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد
 يعود بمجزأ المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد * قيل وليس لتخصيصهما
 في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات
 حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية
 الاسترداد لعود قديم ملكه اليه * ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا
 لم يقض على المشتري بالقيمة * واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق
 الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الا بق
 ثم عاد **قوله** وهذا أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان
 حق الاسترداد فيها لا يقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعدار ورفع الفساد من اقوى الاعذار
 ولانها تعتقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناً عا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها
قوله ولبس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع
 حتى يرد التمن قال في النهاية أي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح
 بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضاً كان أو نقداً انما كان او قيمة وهذا الحكم

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في احكامه)

ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيره فان يصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع
المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن
مضمون بقدر الدين لا غير وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته لما تقدم من ان للمشتري
حق منع البائع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من يقدم عليه حال حيوته تقدم على
غرمائه وورثته بعد وفاته كما لمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فلمرتهن احق بالرهن
من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن فائمة يأخذها بعينها لانها
فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص
لا تتعين * والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد
على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان
ما ذكره المصنف رح ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على
وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد ويجب
رد عينها اذا كانت فائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم
فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء
بصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح وقال لا يتقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس
فيها وذكر في الابضاح ان قول ابي يوسف رح هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة رح
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه محتاج فيه الى القضاء او الرضى ويطلب
بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع يباع
فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالا قوى لا يبطل به
وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كد لك ولا ابي حنيفة رح ان

أما البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليم من جهة البائع وكل ما هو كذلك
 حق الاسترداد كالباع الحاصل من المشتري بخلاف حق الشفع اذ التسليم لم يوجد منه
 ولهذا الوهبها المشتري لم يبطل حق الشفع وكذا الوبا عها من آخر فانه يأخذ بالشفعة
 بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع
 قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفع لعدم التسليم منه اقوى من حق البائع لوجوده منه
 وهذا التقرير يبين ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة * قيل وانما ادخله
 فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام * ولعله
 ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهياً مقررّاً لانه لما قصد به الدوام اشتهى البيع فكان منهياً للملك
 فينقطع به حق الاسترداد كالباع واذ اثبت هذا كان للشفع ان يأخذ بالشفعة لا تنقطع حق البائع
 في الاسترداد بالبناء لصيرورته ح بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفع بناء المشتري واعترض عليه
 بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق
 الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذ تؤمل ما ذكر فليس بوار ان البائع مسلط دون الشفع ولا يلزم
 من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتهى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا
 نقض البناء لحق الشفع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد
 الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسداً بيعاً صحيحاً وورد عليه المبيع
 بما هو فاسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك
 للشفع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفع
 فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل
 به المقتضى وهو التسليم الى الشفع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة ر
 يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ر لا في مذهبه والدليل على
 ان مذهبه ذلك تنصيص محمد ر على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة ر

(كتاب البيوع - * باب البيع المفسد * - فصل في احكامه)

للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشترىها المشتري شراء فاسدا وبني فيها او غرس *
وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
في حق الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع
ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال *
وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة رح في ثبوت الشفعة لا شك في مذهبه في انقطاع حق البائع
في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد رح * قال شمس الائمة السرخسي رح
هذه المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال
ابو يوسف رح ما رويت عن ابي حنيفة رح انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء
وقال محمد رح بل رويت لي عنه انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان
في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة رح كذا وانما قال ما رويت وفيه تأمل *
ولما كان هذا الموضوع محتاجا الى تأكيد ذكر المصنف رح قوله شك يعقوب في الرواية
وفي كلامه نوع اخلاق لانه قال رواه يعقوب في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير
محمد رح لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب
عن ابي حنيفة رح **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتفاضا علم ان الاموال
على نوعين * نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير * ونوع يتعين كخلاهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك * وخبث لعدم الملك * فاما الاول فانه
يؤثر فيه ايتعين دون ما لا يتعين * والثاني يؤثر فيهما جميعا * واذا ظهر هذا فمن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتفاضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالنسيئة شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما تتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها فيؤثر الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان فلم يتعلق العقد بالشيء بعينه فلم يؤثر الخبث فيه
لانه افساد الملك لا لعدمه * ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك

في ذمة المبتاع ولا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار إليها في البياعات * وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين الا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا فباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رحمه الله ان شرط الطيب الضمان والغرض وجودة ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن * وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها * فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمننا * وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصديق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا * واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

اذا كان شبهة الشبهة ايضاد اخلة في الرؤية فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لا عبرت مادونها ايضاد فعلا للتحكم لكن لا يصح اعتبارها لتلاينسد باب التجارة اذا قلما يخلو عن شبهة شبهة فمادونها **قوله** وكذلك اذا ادعى رجل قال لاخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها ثم تصاد قاعلي انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وبيع طاب له الربح ولا يجب التصديق به لان البحث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعى واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادا فالملكه لكن لما تصاد قاعلي انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البديل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبد بجارية واعتقه فاستحققت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالصفا اذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذا الاستحقاق قصدا في مقابلته لافيه فلو كان فيه كان باطلا والبحث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين *

* فصل فيما يكره *

نبيل المكروه ادنى درجة من العاسد ولكن هو شعبه من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه * ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول النقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير * ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن البجش بفتحيتين وهوان بزبد الرجل في اليمن ولا يزيد الشراء ليرغب غيره ويحري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تاجسوا اي لا تتعلموا ذلك وسبب ذاك ايقاع رجل فيه بازبد من اليمن وهو خداع والخداع فيج جاور هذا البيع فكان مكروها * وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها باتص من ندها فزادة شخص لا يبرد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لان انتفاء الخداع * ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلوة والسلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يحطب على خطبة اخيه وهو

في معنى النهي فيبيد المشروعية * وصورته ان يتساوم الرجلان على البيع
 والمشتري رضا بذلك ولم يعقد العقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه
 بكراهة لا شتماله على الاحاش والاضرار وهما قبحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح
 البائع الى البيع بما طلب به الاول من النمن وكذلك في الكاح * اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك
 لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
 باع قد حاو جلسا بيع من يزيد **قوله** وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله
 عليه وعلى آله وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجي قافلة
 بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر لبيعه على ما اراده * فذلك لا يخلو اما
 ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين او لا *
 فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار فتح التضييق
 المجاور للمعك * وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح
 فيكرة والا فلا باس بذلك **قوله** وبيع الحاصر للبادي اي ونهى رسول الله صلى الله
 عليه وعلى آله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلوة والسلام لا يبيع حاضر لباد *
 وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل مصر وبيعه من اهل البادية بنمن غال * فلا يخلو
 اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون بذلك فان كان
 الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك * وعلى هذا تكون اللام في البادي
 بمعنى من * وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى امري البيع لاهل البادية
 ليغالي في القيمة **قوله** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه
 وعلى آله وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منها باعتبار
 معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي
 اذا قعدا او تغاينا بايعان واما اذا ابتاعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلاكراهة * وقد تقدم

في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** كل ذلك
اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لافساد لان الفساد اي القبح
في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قوله**
ولا باس ببيع من يزيد وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رضي الله عنه قد مر آنفا نوع
منه اي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك ضعيف بن او صغير او كبيرا
احدهما ذورحم محرم من الآخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ اقوله عليه الصلوة والسلام
من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة **قوله** ووهب معطوف
على قوله عليه السلام من حبت المعنى لان تقديرة والا صل فيه ما قال عليه الصلوة والسلام
وهب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين
ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقل ادرك ادرك وبروى ارد ارد
ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وباللاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد
جاء للتقريب والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرة
البيع لانفضائه الى التفريق وهو مجاور ينعك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر
في ادراك استيناس الصغير بالصغير والكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما طع الاستيناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار واعد النبي عليه السلام على ذلك بقوله
من فرق بين والدته وولدها النخ ان كان المراد بترك الرحمة تركها بالتفريق * وبجوز
ان يكون المراد في طع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك الرحمة وذلك متوعد بقوله
عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يفرق كبيرنا فليس منا ثم المنع عن التفريق انما هو
باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالفراقة المحرمة للکاح بان يكون احدهما ذورحم محرم
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصد افلايدخل محرم
غير قريب ولا قريب غير محرم ولا مالا محرمية بينهما اصلاح حتى لو كان احدهما اخا

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل في البيوع)

اخرضا عيا لآخر او كان امه والاخر ابنيها من الرضاع او كان احدهما ولدهم او خال
او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس
لان القياس يقتضي جواز التفريق لوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق
كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورد ومورد
الوالدة وولدها والاخوان * قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير
يسأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للکاح ثم قال لان النص ورد بخلاف
القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير
كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة
للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصد افهويان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة
اذا سواه لا يبان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على
هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس * واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمة
ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للکاح ولا ما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد
ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للکاح لما جاز التفريق عند
وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة
اولزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند ما تم المصالح رحمهم الله * والاول من المواضع
ما اذا صار احدهما في ملكه الى حال لا يمكن بيعه كما اذا ادبوه واستولده ان كانت امه فانه لا بأس
بيعه الاخر وان حصل التفريق * والثاني اذا اجنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى
ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخبر بين الدفع والغداء وله ولاية المنع عن البيع بداء القيمة *
والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع بكرة
بالشراء * والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احدهما الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق *
والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق *

(كتاب البيوع - * باب البيع الفاسد * - فصل فيما يكره)

والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق * والسابع اذا كان الصغير مراهما جاز بيعه برضاة ورضى امه ولزم التفريق * واذا تاملت ما مهد لك آتفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر * اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع المعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث * واما الثاني فلانه لو اُلزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر * واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر من الصغير ولو منع المسلم من شراء تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأ ان فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا عرضه الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من ينشأ من صغرة بينهم ان يكون على دينهم * واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى * واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف رح وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار * واما في السادس فلان الامتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور به حيث ما دار اخوة ويتعاهد اموره على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه * واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رخصا بالتفريق اندفع الضرر فبيعا عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن فيل اسقاط الحق * ثم لا بد من اجتماعهما في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التبريق لا يتحقق فيه * وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا او غيره او نكاحا ولا يرثه سواء كان زوجته او مكاتبه * ولا يجوز بيع احدهما من

(كتاب البيوع — * باب الاقالة *)

من احد من هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفسير بحق مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسئلة وجوابها * وروي عن ابي خنيفة رح انه قال اذا جني احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولي **قوله** فان فرق كره له ذلك وجاز العقد واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك * والبيع جائز عن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولادة لقوتها وضعف غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاوروه والوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالا ستيام * والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما **قوله** وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير به الى ان مراده فيما تقدم اللاحق بدلالة النص كما قرناه وقد صح ان النبي عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا متين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدي الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسعين المهمة ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتب او مازونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

* باب الاقالة *

الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما

(كتاب البيوع — * باب الاقالة *)

فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لامن القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض
بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال ناد ما بيعته اقال الله
عثراته يوم القيمة ندب عليه الصلوة والسلام اليها بما يوجب التحريض عليها
من الثواب اخبار اودعاء وكلاهما لا يكون الا لمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو
حقهما يملكان رفعه دفعا لهما جتهدا * وشرطها ان يكون باليمن الاول فان شرط اكثر منه
او اقل فالشرط باطل ويرد مل اليمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين
ولهذا بطل ما نطق به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع
من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما حاز لكونه قبل القبض بيع جديدا
في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع
الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان
البيع صرفا كانت في حق الشريعة بيعا جديدا * وهذا لان لفظها ينسب عن الفسخ كما
نذكره ومعناها ينسب عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالنراضي وجعلها فسخا او بيعا
فقط اهما لا احد الجاسين واعمالهما ولو بوجه اولي فجعلها من حيث اللفظ فسخا
في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما * فان تعذر جعلها فسخا
بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا
للسرع وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا
في المقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان يتعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض
المبيعة بالدرهم بعد هلاكها وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من
الثلث الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدرهم
بعد هلاكه استدل محمد رح بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة
ذلك يقال في الدعاء اقلني عترتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها

بها وإذا تعذر فحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل أبو يوسف ~~بأن~~ ^{بأن} بيعا بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالنراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وبثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لان عقد البيع بلغظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشائخ رح* وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها ببيع الان الاقالة اضيفت الى ما الوجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ماله وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف رح يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والناني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك النقد يربعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد* واستدل ابو حنيفة رح ان اللفظ ينسب عن العسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جد بد في حق الثالث فلو لم تحتل البيع لم تكن ذلك اجاب المصنف رح بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ لا يثبت بالمجاز بابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لعهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت صل حكم البيع وهو الملك للبائع تبدل ظهر موجه في حق ثالث دونهما لا متاع ثبوت الضدين في محل واحد وتقربة بوجه البسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فثبتت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبتت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما وجه آخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها لو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لا يسخف روح عما استدل به ابو يوسف روح من ثبوت الاحكام ما قبل الشارع يبدل الاحكام ولا يغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ * اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل فنقول اذا شرط الاكسر الاقالة على التمن الاول لتعدر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه عن الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع مال لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشرط الفاسد لان الشرط يشبه الربو لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط العا فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات مال لم يكن بالعقد فيتحقق الربو * ولان في الشرط شبهة الربو وهي معتبرة * وكذا اذا شرط الاقل من التمن الاول لما يبيى من ان رفع مال لم يكن ثابتا محال والقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاول لان الخط يجعل بازاء مافات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسائة صحت بالالف ولما ذكر الباقي وان تقايلا بالف الامائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولما ذكر القص ووجب على البائع رد

كتاب النوى — * باب الأول

رد إلى المشتري * وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير ~~الخطوط~~ العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الخط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه ولا * وقال بعض المسائخ رح تأويل المسئلة ذلك * هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح وان كانت فسحا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء * ولا فرق في الزيادة والنقصان عند ابي يوسف رح لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد رح الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وافال كان فسحا فهذا الاولى واعترض بان كونه فسحا اذا سكت عن كل الثمن اما ان يكون علي مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف رح انما يجعله فسحا لا متناع جعله بيعا لا انتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دحلته عيب فهو فسخ بالاول يعني بالاتفاق لما بينا ان الخط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو افال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح وبجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد مانع من المسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده * وحاصله ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا زادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارث والعقرا لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة * وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة رح لانه لا يصحها الا فسحا وقد تعذر حقا للشرع * وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة

(كتاب البيوع — * باب الاقالة)

ببطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضى فامكن تصحيحها فسخا * والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع * وما في غيره كالعقار فانه فسخ عند اليخنيفة ومحمد رحمهما الله وما عند ابيوسف رح فيبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده **قوله** وهلاك النمن لا يمنع صحة الاقالة هلاك النمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون النمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف النمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا اجاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول * ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تباعا عبدا تجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية وجب رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما بعد وجوده لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكاً وقت الاقالة والآخر قائماً وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض او كان احدهما هالكاً وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين * بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعاً فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض * وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعاً مبطل للاقالة * بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعاً فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والنمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعيना لم يتعلق الاقالة بآعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض ورد مثله بيان فصار هلاكهما كقباهما وفي المقايضة تعلقت بآعيانهما لو كانا قائمين فمتى هلكا لم يبق شيء من المعتود عليه ترد الاقالة عليه * واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما

(كتاب البيوع - باب المراجعة والتولية)

أحد هما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند التولية
 وابيوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح لا تصح الابلغطين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول
 اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع * ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر
 وتأمل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع
 * باب المراجعة والتولية *

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع
 في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المراجعة والتولية وغيرهما وقد ذكرناها في اول البيوع
 و وعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المراجعة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
 مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس * اما الاول فلان من اشترى
 دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مراجعة مع صدق التعريف عليه * واما الثاني
 فلان المغصوب الا بقا اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب حاز بيعه للغاصب مراجعة
 والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه * وبانه يشتمل على ابهام يجب عنه خلو
 التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لاسبيل
 الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مراد في البيع الثاني *
 ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس
 بشرط كما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مراجعة فان كان ما اشتراه به له مثل
 جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم
 من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما بجوز به الشراء لان الكل ثمن * والثاني
 يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست
 بثمر في العقد الاول * على ان الثمن ليس بشرط في المراجعة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة
 او وصية فقومه ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط * قيل فعلى هذا

(كتاب البيوع — *باب المراجعة والتولية*)

الاولى ان يقول نقل مملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول باننا لنسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب * والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مراد يجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط والما عر عنه بالنس لكونه العادة الغالبة في المراجعات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة **قوله** والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المراجعة من حيث لعظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب * والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدى في التجارة والصفة كاشفة يسناج الى ان يعتمد على فعل الدكي المهندي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عليه الصلوة والسلام كما ذكره في الكتاب فوجب القول بجوازها لوجود المنقضي وانتفاء المانع ولهذا اى للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اى بناء هذا على الاعمال والاحتراز عن الخيانة ومنه ارا كذب قوله والاحتراز عن الخيانة ونسبتهما واصاب لاقتضاء المانام ذلك وعن هـ الم يصح المراجعة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات النعم لان المعاداة والمعادلة في ذوات النعم اى يعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة مشبهة بالخيانة كما لم يحج المجاز فذ في الاموال الزبوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة صايحنا ط في **قوله** ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المراجعة والتولية في ذوات النعم ما ذكرنا آتيا ان مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها * والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا

لا يمكن أن يشترى المشتري لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما دفع فيه من الثمن إذا لا يمكن أن يشترى
 عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله إذا العرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر
 والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة إلا إذا كان المشتري مرا بحة ممن ملك ذلك البدل من
 البائع الأول بسبب من الأسباب فإنه يشتريه مرا بحة بربح معلوم من درهم أو شيء من
 المكمل والموزون الموصوف لاقدارة على الوفاء بما التزم وأما إذا اشتراه بربح دة يازدة
 مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح
 درهمين وإن كان ثلاثين كان ثلثه دراهم فإنه لا يجوز لأنه اشتراه برأس المال وبعض قيمته لأنه
 ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالشوب مثلا وبجزء
 من احد عشر جزءا من الشوب والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بقيمة وهي مجهولة ولا يجوز
 ثم الثمن الأول إن كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وإن كان غيرة فلا يخلو أما ان يخالق
 الربح او ينسب الى رأس المال * فإن كان الأول كما إذا قال بعثك بعشرة ودرهم فالربح
 من نقد البلد * وإنكار الثاني كقول بعثك بربح العشرة احد عشر او دة يازدة والربح من جنس
 الثمن الايل لأنه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة لعصار
 والصنع والطراز والفنل واجرة حمل الطعام لان العرف حار بالحاق هذه الاشياء برأس
 المال في عادة التجار لان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء
 تزيد في ذلك فالصنع واخوانه يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذا القيمة تضاف باختلاف
 المكان فيلحق به وبقول فام علي بكذا ولا يقول اشترته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام
 عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى وإذا باع بالرقم بقول رقمه كما
 فاذا ابيعته مرا بحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحنطة
 لأنه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة المعلم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل
 من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم

(كتاب البيوع - باب المراجعة والتولية *)

وهو الحذافة والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار
وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المراجعة اما بالبيئة او
باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند بيعه ربح ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف ربح يحط فيهما
اي في المراجعة والتولية وقال محمد ربح بخير فيهما لمحمد ربح ان الاعتبار للتسمية لان
الثمن يحب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها بتعلق العقد بالمسمى
والتولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته
يوجب التخيير ولا يبي يوسف ربح ان الاصل في هذا العقد كونه مراجعة وتولية لا التسمية
ولهذا الوقال وليتك بالثمن الاول او بعتك مراجعة على الثمن الاول والحال انه معلوم
واقصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها
لذلك فبقي ذكر المراجعة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فتحط الخيانة
في العصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المراجعة
من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن
الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ
الثوب باثنى عشر درهما ولا يبيعه ربح انه لو لم يحط في التولية لابقى توليه لانها تكون
بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى توليه لئلا يتغير التصرف فنحن الحط
وفي المراجعة لو لم يحط ببقى مراجعته كما كانت من غير تغير التصرف لكن بتفاوت الربح
فتخير بذلك لفوات الرضاء فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع
الفسخ في بيع المراجعة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن
في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار السرط والرؤية وقد
تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل

بأن ينقض منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتمهيد
 الفأنت فيسقط ما يقابل عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازاً عما روي
 عن محمد ر ج في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن
 دفعا للضرر عن المشتري **قوله** ومن اشترى ثوباً فباعه بربح لا كلام في وضع هذه
 المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها فالعقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام
 عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المراءاة عليه كما اذا خلل ثالث بان
 اشترى من مشترٍ مثله * وقال ابو حنيفة ر ج شبهة حصول الربح بالحاصل بالعقد الاول
 ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري
 تأكد ما كان على شرف السقوط والمأكد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا
 على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على
 شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة
 دراهم بعشرة والخمسة براء الخمسة والنوب بخمسة فيبيعه مراءاة على خمسة احترازاً عن
 شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطي بيع المراءاة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة
 دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع النوب مراءاة على العشرة لان الصلح مبناه
 على التجوز والحطية ولو وجد الحط حقيقة ما حار البع مراءاة فكذا اذا نمكت الشبهة
 وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشري بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصبر في الشراء
 الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربو وهو حصول النوب بلا عوض واجيب
 بان التأكد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازاً عن الخيانة على ما ذكرنا لافي حق
 الشرع وشرعية جواز المراءاة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكد في المراءاة راء ما جواز
 البيع وعدمه في شبهة الربو فحق الشرع فلا يكون للتأكد فيه شبهة الايجاب كذا نقل
 من فوائد العلامة حميد الدين ر ج بخلاف ما اذا تخال بالث لان التأكد حصل بغير

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

ولم يستقدر بيع المشتري الاول بالشراء الثاني فانفتحت شبهة **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرا بحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشترى وباعه من العبد لان في هذا العقد ابي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة عدم لجوازه مع الماني وهو تعلق حق المولى بمال العبد * وقيل كون العبد ملكاً للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستفيد بكسب عبده فصاركاً لبايع من نفسه فاعتبر بما في حكم المراجعة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرا بحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما يفيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاة شيئاً لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا يفيد محمد رح في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدور الشهيد وقاضي خان ولم يقيد به الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرناه **قوله** واذا كان مع المصارب عشرة دراهم بالصف اذا كان مع المصارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرا بحة بالنصف وعشر ونصف لان مبني هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرا بحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع ابي بيع التوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عدم الربح خلافاً للفرح ففيه شبهة عدم * وجه قول زرارة ان البيع مبادل للمال والمال وهو انما يتحقق بمال غير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجوداً بوجه الجواز عندنا اشتماله على العائدة فان فيه اسفدة ولاية التصرف لا بد من تسليم المصارب انما دعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف عندنا اشترى من رب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مستملاً على العبد فعقد لا يفسد ببيع الدابة الا ان كان اذا جمع بين عبدين في خبره وانما هو في خبره وانما هو في خبره وانما هو في خبره

لقاعدۃ انقسام الثمن * واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر ر ح وقد ~~ذكرنا~~ المصنف بقوله الا ترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل والوكيل فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مراجعة على ذلك **قوله** ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بأفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ جازله ان يبيع مراجعة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن **قوله** ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا الوفات العين قبل التسليم الى المشتري لا يثبت شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطئ لا يقابلها شيء من الثمن وعرض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها لم يجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما كان ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان رد ها فاما ان يرد هامة العقرا وبدونه لاسبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا انى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطئ للمشتري مجانا والوطئ يستلزم العقد عند سقوط العقر * لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف ر ح انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعور ار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الساجي ر ح بناء على مذهب ان الاوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان الحبب به مساوية او بصنع العبد فاما اذا نفق عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض

(كتاب البيوع ~~باب المراجعة والتولية~~)

النسخ فلنا فيكون جواب القول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فاق المشتري عينها
بنفسه او فاقها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مراجعة لانه
صار مقصودا بالاتلاف * اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه * واما
اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل
جزء من المعقود عليه فيمتنع المراجعة بدون البيان * وعبرة المصنف رح تدل بالتصيص على
اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد رح في اصل الجامع الصغير * وقال في النهاية كان
ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فاق الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان
الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه * ثم قال والدليل على هذا اطلاق ما ذكره
في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش * وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا اذا وطئها وهي
بكر لا يبيعها مراجعة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يبقا بلها الثمن وقد حبسها فلا بد
من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالتاف من فرض الثوب بالمقراض اذا
قطعه ونص ابو اليسر رح على انه بالغ او حرق نار جازان يبيعه مراجعة من غير بيان لان
الاوصاف تابعة لابقا بلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشرة وطئ لا يبيعه مراجعة بالبيان لانه صار
مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين **قوله** ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيته ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيته، ساءه بربع مائة درهم
ولم يدين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان ساء رده وان شاء قبل لان الاجل شبهها بالمبيع
فانه براد في الممن لاجل الاحل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصارك انه اشترى
شيئين وباع احدهما مراجعة بينهما والمراجعة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة
ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء بزاد في ثمنه لاحل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم
واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعور العين واجيب
بان الزيادة هناك ليست منصوفا عما هما في مقابلته السلامة وما نحن فيه هو ان يقول

(كتاب البيوع — * باب المراجعة والتولية)

ان اجلتي مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فبا اعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قوله** وان كان ولاية اياه يعني ان التولية كالمراجعة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمراجعة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة ما ذكرناه ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة * وعن ابي يوسف رح انه برد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزیوف مكان الجياد وعلم بعد الانعاق وسيأتيك من بعد في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد رح انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولولم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترى بنقد ويسلمون الثمن بعد شهرا ما جملة او منجما فيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قوله** ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبي والقتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم ينقر بعد فكان فسادا محتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

واحدة وصار كتاباً خيراً للقبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد المنقر ولا يقبل الاصلاح نظيرة البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فسادة بعد منه فيه واماخبار المشتري فلخلل في الرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الروية للجهالة في الصفات فكان في معنى خيار الروية فالحق به

* فصل * ل

وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة ووجه ذكرها في باب المراجعة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمراجعة والتولية ومن اشترى شيئاً مما ينقل نقلاً حسياً وهو المراد بقوله يحول فسر به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجزله ان يبيعه حتى يقبض لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو اطلاقه جحة على مالك رح في تخصيص ذلك بالطعام * ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه عليه السلام قال اذا اشترى احدكم طعاماً فلا يبيعه حتى يتبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس رضي الله عنه قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مراداً وكان ذلك معروفاً بين الصحابة رضي الله عنهم حدث الطحاوي في شرح الآثار مسنداً الى ابن عمر رضي الله عنه انه قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فاعطاني به ربخاً حسناً فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالنعت فادار دبن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان الرسول عليه الصلوة والسلام نهى ان تباغ السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجزله التصرف لتق المسئلة على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد رح وان كان قبل القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد

(كتاب البيوع - باب المراجعة والتولية - ٢٠٠)

العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والقبض ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشبوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تملك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول * وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير جائز لانه عليه السلام نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بما نفع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جواز قبض القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لنبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ربح لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمقول لجامع عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتما لهما على ربح مالم بضمن فان المقصود من البيع الربح وربح مالم بضمن منهى عنه شرعا والنهي يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغ غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يتضمن الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المقول فان المانع فيه موجود * ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرذيل عيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عادله الرد * والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ * واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدلائل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومنل هذا العام بجوز تخصيصه بالقياس فتحمله على الموقوف كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث الهبة عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض * سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا * سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذا الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناول افراديا * واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضوع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع الموقوف وغير الموقوف قبل القبض جائزا لعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مسنقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص بجور تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يحلوا ما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولافا كان فقد ثبت اماطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الثمر وسنه ودين ادله الجواز وذلك يستلزم النك وجعله معلولا بذلك اعمال لشوت التوفيق والاعمال متعين لامحاله وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق

بأنه لا يبدل الخلع فيكون مختصا بعدد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض
 بالصواب **قوله** والاجارة جواب عن قياس محمدرح صورة النزاع على الاجارة وتقريدها
 لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز
 اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك الصراف في الاصل وهو الرقبة ملك
 في التابع * وفيه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المرافق بمنزلة المقول والاجارة تملك
 المرافق فيمتنع جوازها كبيع المقول **قوله** ومن اشترى مكلا مكيله او موزرنا موازنه اذا
 اشترى المكمل والموزون كاللحطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك
 على اقسام اربعة * اشترى مكيلة وباع مكيله * او اشترى مجاز فباع كذلك * او اشترى
 مكيلة وباع مجازة * او بالعكس من ذلك * ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري
 الاول ان يبعه حتى يبعد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان
 النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع
 البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
 في مال الغير حرام فيجب التحرز منه وهو ترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون
 فكان مثله * وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار * وفي الثالث
 لا يحتاج المشتري الباني الى كيل لانه لما اشترى مجازة ملك جميع ما كان مشارا اليه
 فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف رح لان الزيادة له واعرض بان الزيادة لا تصور
 في المجازة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكلا مكيله فاكاله على انه عشرة اققرة
 مثلا ثم باعه مجازة فاذا هو انشئ عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه
 المشتري الاول * وفيه من التمثل ما ترى * وفيه المراد الزيادة التي كانت في ذهن
 البائع وذلك بان باع مجازة وفي ذهنه انه مائة فغير فاذا هو زائد على ما ظنه والرائد للمشتري *
 ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة

(كتاب البيوع - باب البيعة والتولية * - فصل)

ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكابلة فهذا المانع على تقدير
وجوده لا يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه أولى * ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض
كما في قوله تعالى ان ندعوهم لا يسمعون عاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم * وفي الرابع
يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط للجواز
التصرف فيما بيع مكابلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة
فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول
الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكابلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه
دعوى مجردة واجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله
البيع يقتضي جواز مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد
وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما
يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل * ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة
الى انه لو ملكه بهمة اوارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبائع وغيره وكذا
لو وقع ثمننا كما سيأتي * وحكم بيع النوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة
له اذا دراع وصف في التوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد
به النص للحق به بخلاف القدر فانه مسع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس
كذلك ولا بكيله بعد البيع بغية المشتري لان الكيل من داب التسليم اذا المبيع يصير به
معاوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى
به اظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد

في نسلي التسليم والنهي احتمال الزيادة ومحمل الحديث
في باب ما سأتني في باب السلم ان من اسلم في كسر فلما حل الاجل اشترى المسلم
من رجل كرا او مررب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امرة ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكثاله
ثم اكثاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين * واعلم
ان في كلام المصنف رح ابهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولاً فيما اذا كان
العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة
ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون
فيه عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو
في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد
فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين
ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمسري
هو البايع وبالباع هو الباع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكائلة وكاله بحضرة
مستثريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل وبدل على ذلك قوله ومحمل الحديث
اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غيره ظهور
اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان
كما في اول المسئلة وما سأتني في باب السلم واما فيما نحن فيه ولا هذا * واذا نظرنا
الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المسروط وذلك للبائع يقتضي
ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا لما ذكرنا * ولو ثبت ان وجوب الكيلين
عزيمه والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس او استحسان لكان مدعاه ربا
على القوانين لكنني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمدرع فيما يروى
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن ايخنيع رح لانه ليس بمال اربوا وله اجاز

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

بيع الواحد بالآخرين فكان كالمذروع وحكمه قدمرانه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع
مذارة وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح وهو قول الكرخي رح لانه لا تحل له الزيادة
الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها
اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن
في الموزون **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض
جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلدراهم
او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنه كما يبيع الابل
بالبتيع فأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان بجوزة رسول الله
صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر
الانساخ بالهلاك منتف لعدم تعيينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع **قوله** ويجوز
للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة درهم ثم زاد عشرة مثلا او باع
عينا بمائة ثم زاد على المبيع مائة او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك
فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة
المبيع من الدائع حتى يدفعها اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي
بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع
برجع المشتري على البائع بهما * واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان باصل العقد
عدنا وعدز مروا شافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
اي الهمة ابتداء ولادتهم الا بالنسليم لهما ان لا يمكن تصحيح الزيادة ثم الان هذا التصحيح
يصير ملكه عوض مائة لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثم فالزيادة في الثمن
تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز * وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع
فلا يمكن حراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولما ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل فالزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والخط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فالولى ان يكون لهما ولاية الغير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء اهلون من التصرف في اصله فصار كما اذا كان لاحد العاقلين او لهما خيار الشرط فاسقطا الخيارا وشرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واداسح يستحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان خط البعض صحيحا لكان خط الكل كذلك اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف رح بالفرق بقوله بخلاف خط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه لان عمل الخط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في خط البعض لوجود ما يصلح ثمنا وما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بعباطل لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة وقد كان قصد هما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لاما مع فيلتحق خط البعض باصل العقد وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويأشعر على الباقي في الخط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لا خرو ليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد الخط فكان الخط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة * ويظهر حكمه ايضا في السبعة حتى بأحد السبعة بما بقي في الخط **قله** واما كان للشعب جواب سوال مقدرة ثمة لو كانت الزيادة ملتحقه باصل العقد لاحد السبعة بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرر الجواب

(كتاب البيوع - * باب المراجعة والتولية * - فصل)

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له
وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما
بعد هلاكه فلا يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه اذا الاعتياض انما يكون في موجود والشئ يثبت ثم يستند ولم تثبت
الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الخط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه
اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الخط في الحال ويلحق باصل العقد
استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع *
ووجهه انه يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري
على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين
لا بالمحل واشتراط المحل لا ثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد
في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت
في مقابلة الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلك قبل القبض سقط
بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن
حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار
مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل
كاقترض * ولما ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل
اثبات براءة موقته الى حوال الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالبراءة عن الثمن
فلان يملك البراءة الموقته اولى * وان كان الثاني فلا يخلو ما ان تكون الجهالة فاحشة
او يسيرة فان كانت الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت
الثاني كالحصاد والدياس جاز كما كفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح
مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وفد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صله واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لارد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بل لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بثمره بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصى والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان التحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رح الاتصاف شيء في الزهد قال قد صنعت كتاب البيوع ومراده يست فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربح المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومهمله الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال الربوا**
محرم في كل مكيل او موزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جارفي كل ما يكال
او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة اي لوجوب الممانلة هو الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف رح ويقال القدره مع الجنس وهو اشمل لانه
يتناولهما وليس كل واحد منهما بائفرادة يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور
الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام الحنظ بالحطه مثلا بمنل يد اييد والفضل ربوا
وعدا الاشياء الستة الحنظه والسعير والتمر والملح والذهب والفضه على هذا المنال ودارة
على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان
رضي الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى
الاول بيع التمر حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره
ومعنى الثاني بيعوا التمر * والمراد بالممانلة الممانلة من حيث الكيل بدليل ماروي
كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن
لما يطلق عليه اسم الحنظه فان بيع حبة من حنظه بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع
صدق الاسم عليه * ويخرج منه الممانلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث
عبادة بن الصامت رضي الله عنه جيدها ورديها سواء وكلام رسول الله عليه الصلوة والسلام
يفسر بعضه بان قيل تقديريه وايوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف
الى النسخة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة
الشهادة اذا مات * كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة الممانلة وقوله يد بيد
المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي رح قبض قبض وقوله والفضل ربوا الفضل
من حيث الكيل حرام عندنا وعندة فضل ذات احدهما على الآخر حرام والحكم
معلول باجماع القائلين احتراز عن قول داود من الممانلة وعثمان البستي من

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والتمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النساء فلم يروى في هروى جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسيأتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اى الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يد ايد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب * وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اى كل من الشرطين يشعر بالغزوة والخطر كاشتراط الشهادة في الكاح فان اكان عزيزا خطيرا فيعمل بعلة تناسب اظهار الخطر والغزوة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اى في اظهار الخطر والغزوة فجعلناه شرطاً والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير للطعم والتمنية اثر عنده كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا يكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطاً لان الحكم قد يدور مع الشرط وجوده لا وجوبه ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطاً في البيع بقوله مثلاً بمثل لما مر انه حال بمعنى مما تارة الاحوال شرط وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلثة لتحقيق معنى البيع فانه ينبى عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتقابل لا لكون احدهما انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه اوصيائه لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين اذا كان انقص من الآخر كان التبادل مضيعاً للفضل ما فيه الفضل او تسيماً للعائدة باتصال التسليم به اى بالتماثل يعنى ان في التقدين لكونهم لا يتعيان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منهما للآخر اتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيد نظراً لانه خارج عن المتصود اذا المتصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدر الا بيان المماثلة

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

من حيث القبض والأولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلاً للآخر لم تنم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعاني حق احد المتعاقدين وضرراني حق الآخر واذا كان مثلاً للآخر يكون نفعاني حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعاً في حقهما جميعاً ولقائل ان يقول هذه الالوجه الثلاثة المذكورة لا شروط التماثل مما يجب تحققة في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا يتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لاعلة ليتصور التخاف * واذا ثبت اشتراط الممانلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد تررنا في التفريغ على وحدائهم فليطلب ثمه **قوله** والممانلة بين الشيئين بيان عليه القدر والجنس لوجوب الممانلة وذلك لان الممانلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعياري سوي الدات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلاً من بريساوي كيلاً من درهم حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك فقيز حطة بفقير شمر بتساو بان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان الممانلة شرط لجواز البيع في الربويات وعلمتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لانبات الشرط وذلك باطل والآجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لانباته ابتداءً واما بطريق التعدية من اصل يجوز منه دجه هو الاصوليين وهو احتبار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب الممانلة في الاشياء الستة شرطاً فانباه في غيرها تعدية فكان جائزاً اذا ثبت وجوب الممانلة شرطاً وهي بالكحل والجنس فيظهر الاضل على ذلك

لك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن
موض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سوال تقريره
ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف
انه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية * والفضل
من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير
فيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتباره سد باب البياعات
ان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق
لبياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله
عليه السلام جيدها ورديها سواء **قوله** والطعم والثمينة جواب عن جعله الطعم والثمينة
علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا
من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيها الاطلاق لسدة الحاجة اليها دون التضييق الا يرى
ن الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يؤثر في حرمة
لمباح بل سنة الله تعالى جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف
الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة
والفساد لو جود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرناه
من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذ ابيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل
او وزنا بوزن جاز البيع لو جود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه
وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروى وان تفاضلا لم نخز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط
والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا **قوله** ويجوز بيع الحفنة بالحفنة
اي ومما ثبت قرب على الاصل المدكور جوار بيع الحفنة بالحفنتين والتعاقبة بالتعاقبتين لان عدم
الجوار بتحقيق الفضل وتحقيق الفضل بظهر يعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كذا

(كتاب البيوع — باب الربوا*)

في الحفنة والحفنتين فتتقى المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا
اي ولان الحفنة والحفنتين لما لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف
لا مثلها فلو تعينت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات
الامثال دون القيم وعند الشافعي رح لا يجوز لان علة الحرمة هي الطعم وقد وجدت
والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عند بيع حفنة بحفنة وتناحية بتناحية لوجود
الطعم وعدم المساوي ومادون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات
من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير
في الشرع بمادونه واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه
فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا ابتاع مكيلة او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعندة يجوز لعدم الطعم
والثمنية **قوله** واذا اعدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيان فاما ان يوجد او يعد ما
او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عندة حل التفاضل والنساء
لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا
وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عند عدمهما لان العدم
ثبت شيئا* واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء ان يسلم
هروباي هروي او حطه في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما
حتى لو باع عبد ابعد الهى احل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رح الجنس
بالتفرد لا يحرم النساء لان بالقدرة وعداها لا ثبت الاشبهة التماس بالاتفاق ونحوه
ان اصل ما منع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبد
فالسبب ان ليس في تخصيص الجنس بالذكور في عدم تحريم النساء زيادة فائدة
ان الشرع منه كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

من ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لانزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا كانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما نحن فيه مما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظر الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كما في الهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقد او الآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم والتقديية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين * احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون التقديية اوجبت فضلا شبهة فصا وشبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون البازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والا اول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان السبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم ونتم شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان التسمية غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالا حاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين * بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

ان النبي عليه السلام جهز جيشا فاه رني ان اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رح *
وباروي ابوداؤد في السنن عن النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الحيوان
بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات منعاه عن ذلك
فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى
من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا
على حرمة النساء في كمال العلة لاني شبهتها وقوله الا انه اذا سلم استثناء من قواه
فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذاك يقتضي عدم اسلام
النقود في الزعفران لوجود الوزن كالسلام الحديد في الصنفر فاستثنى الزعفران واستثناه
كالقطن والحديد لانه وان جمعتهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه
اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالصنجات وهي معربة سبك ترازو
ونقل عن الفراء ان السنين افسح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين
واما الثاني فلان الزعفران مشتمل يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه
لوبياع بالنقود موازنه بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
عشرة نانيم مثلا وقبضها البائع صح التصرف فيها قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه
منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما النقد من كل وجه فتسرل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
فان الموزونين اذا اتفقا كان المنح للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن
والوزن وحدة شبهة فكان ذاك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يغفل لم يخرجها
بذلك عن كونها موزونين فقد جمعتهما الوزن لان اطلاق الوزني عليه باح بالاشتراك
اللغوي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصا كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي عبارة
المصنف رح تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا معنى ولهذا قال شمس الأئمة بل

(كتاب البيوع - *باب الربوا*)

بل نقول اتفاهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة رح وقال العراقيون في وجه ذلك انما جازلان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود احد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فآثر الشرع الرخصة في التجوز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولنا نقول به **قوله** وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل ما نص رسول الله عليه الصلوة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكمل ابدان وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدان الان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها هي عادات الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رح اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان المعادة فيه فكان المظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا الوباغ الحنطة بجنسها متساو واوزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحهما الله وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اخذاه الطحاوي رح لوجود الاسلام في معلوم فان المدالة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المذازع عنه في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

ذكر في المجرد عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كما في واثنية قيل هي على وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان * وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن اذ تعد يلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا **قوله** بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيها اعتبار وعلى هذا اذ ابيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مللا يجوز لنوهم التفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فعرضا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان عقدا للصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي السقود يعتبر فيه قبض عوصبه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عليه الصلوة والسلام العصاة بالعصاة وهاء معناه يدايد وقد تقدم دلالة على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاء ومعناه خدائي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فينابضان وفسره بقوله يدايد جرا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للساوي رح في بيع الطعام اي في كل طعام سواء بيع بجنسه كبيع كرحطة بكر حطة او بغير جنسه ككر حطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لاعتن قبض فسد العقد عنده استدلال على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في الحديث المعروف يدايد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آله لفه هي كناية

(كتاب البيوع — *باب الربوا*)

كناية وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقدم مزية فثبت شبهة الربوا كالحال
 والموجب ولما أن ما سواه يبيع متعين لأنه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط
 فيه القبض كالنوب والعبد والداية وغيرها وهذا أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين
 لأن العائدة المطلوبة بالقدن الماهي الممكن من التصرف ذلك يترتب على التعيين
 فلا يحتاج إلى القبض فإن قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف أجاب بقوله
 بخلاف الصرف فإن القبض فيه ليتعين به فإن العقود لا تتعين في العقود ونحوه في دوله
 عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فإنه إذا كان معناه عيناً بعين لم يبق دليل لاله
 على التبعين والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة
 أن اشتراط التعيين والقبض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجتماع المركب
 أما عندنا فإن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من أحدهما
 على الآخر وقوله بدأيديكم لا يمكن أن يكون المراد به القبض لأنه آله كما تقدم وأن يكون التعيين
 لأنه إنما يكون بالإشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فبمحمل المحتمل
 على المحكم ولا يدل لزوم العمل بعموم المسترك أو الجمع بين الحديثين والجارحكم جعلهم بدأيديكم
 بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لأننا نقول جعلناه في الصرف
 بمعنى القبض لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في المحال كإنها
 لكن تعيين كل شيء بحسبه ونحوه بأنه لو كان بد معنى النعس ما شرط القبض في أداء ذهب
 ببيع بأداء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فإن الأداء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط
 واجيب بأنه وإن تعين لكم لما كان ثباته كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا
 كالتبني فاشترط القبض فيها لئلا يترتب من ذلك أنها ما هو على طريقكم في أن الأمان
 لا يتعين بالتعيين وأما السامعي روح فليس به بل فلا يكون هلزماً والحواب أنه ذكره
 بطريق الزمان أي هو بالبرهان بالدلائل المارة على ما عرفت في موضعه وقوله وتعاقب القبض

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جازا ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والنمر جعلت امثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العد وان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا * وخالفنا الشافعي رح فيه لوجود الطعم على مامر **قوله** ويجوز بيع الفلاس بالفلسين باعيا نهما بيع الفلاس بجنسه متفاضلا على اوجه * بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما * وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيا نهما * وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما * وبيع فلس بعينه بفلسين باعيا نهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع * اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعلا اصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا * واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلاس المبيع وطلب الآخر فهو فضل خال عن العوض * واما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الناسين ورد اليه احدهما مكان ما استوجبه في ذاته فبقي الآخر بلا عوض * واما الوجه الرابع فيجوز ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لان النسيئة في الناس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فثبت امانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير اعيانهما وصار كبيع ادرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلوس الرائجة مادامت رائجة لا تتعين بالنعين حتى لو

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها اذا اكسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تكون عروضاً ايضاً باصطلاحهما اذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلس ان تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان تكون ثمناً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلاحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزاً وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه ينا في قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذا لا ولاية لغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما * او بشرط ان يكون من سواهما متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضاً تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضاً عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صغر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب المصنف رح بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلته الواحد بالاثنتين اعرض عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجع الى الوزن ولم يكن العد ملزوماً للثمنية حتى ينتفي بانتفاؤها بقي معدوداً * واستدل على بناء الاصطلاح في حق العد بقوله ان في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد وساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم ولو ضم الى ذلك والاصل حملة على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عاينها مطلقاً وفي غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد **قوله** فصاركاً لجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العدديّة عن الثمنية وقوله بخلاف المفود جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقه لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحهما وقوله بخلاف ما اذا جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالثنا

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

بكالى اي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احد هما بغير عينه جـ^{اب}
عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثم باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء
قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا
لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء
الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر
زائلا من وجدلان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة المانني كما بين الحنطة
والشعير وقد زال الاسم وظهرت احواله وتبدل الصورة اختلفت المعاني فان ما يتغير من الحنطة
لا يتغير من الدقيق فانها تصلح لا تتخذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق
وربوا الفصل بين الحنطة والحنطة كان نابذابل الطحن وبصيرورته دقة زالت المجانسة
من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون
الدقيق حنطة او لا والمانني بوجوب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالذ والاول يوجب
الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير متساويينهما
وبين الحنط لا كنزهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة
فلا يجوز ان كان كيل لا يكيل قبل حرمة الربوا حرمة تناهى بالمساواة في الاصل وعلى
ما ذكرتم في هذا الفرع ثبت حرمة لاتناهى في فصار مثل ظهرا الذي على ما عرف واجيب
عن حرمة الربوا تناهى بالمساواة في الحنطة وفي الشبهة والمانني ممنوع فان حرمة
النساء لاتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الماني ويجوز ان يقال الحرمة
تناهى بالمساواة فلا بد من تحريمه ونحوه نحن فبد لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق
متساويا كالا بكيل لسقف السرط وهو رجوع المسوي * ومتساويا كالا بكيل بل حالان
متداخلان لان الحامل في الاول بيع وفي الماني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين
ونؤدة ذكر الابهة نفى ترهم جواز المساواة وزنا * حكى عن الشيخ الاعمام ابي بكر

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساوا ياكيلانما يجوز اذا كانا مكبوسين
ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلان الدقيق اجزاء
حنطة غير مقلية والسويق اجزاء واما مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالاخر لقيام المجانسة
من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان
مختلفان لاختلاف المتصود اذ هو بالدقيق اتخاذا الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك
بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذ
اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد * والجواب ان معظم المتصود
وهو التغذية يشملها وفوات البعض لا يضر كما مقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها
السوس * المقلية هي المشوية من قلى يقلى اذا شوى ويجوز مقلوة من فلا يقلو والعكلة
هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع والسوسة الغثة وهي
دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه الحنطة المسوسة بكسر الراء والمسودة قوله
ويجوز بيع اللحم والحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه * منها ما اذا باعه بحيوان
من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما
في اللحمان المختلف على ما نبين * ومنها ما اذا باعه بحيوان بجنسه كما اذا باع لحم الشاة
بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين في الوزن
والا فلا * ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون
اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق * ومنها ما اذا باعه بجنس حيا وهو مسدسا الكتاب وهو جائز
عداني حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير جائز عند محمد رح الا اذا كان اللحم المتروك
اكثر ليكون اللحم بمقابلته مافيه من اللحم والباقي بمقابلته السنط اذ لو لم يكن كذلك
يتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لو وجود
الجنسية باعتبار ما في الضمن فصارك لحل اي الشيرج بالسهمين بينهما باع الموزون

(كتاب البيوع - باب الربوا*)

بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدري ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الحل بالسهم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميزينه وبين النجير ويوزن النجير وهو ثقله* وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السهم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل والسهم عند المنزيبين الدهن والنجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحال السهم يوزن ثم يهر النجير ويوزن فيعرف من الحال من السهم والحيوان لا يوزن في الابداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو الابناء التي عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسيتين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متعاضلا بعد ان يكون يد ايد فان قيل اذا اختلف الجنس وان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسبيته وهما ليس كذلك اجيب بان النسبيته ان كانت في الشاة الحية وهو سام في الحيوان وان كانت في البدل الآخري وهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر من لاهل بيع الرطب بالتمر متعاضدا لا يجوز بالاجماع وصلا بسلم جوزه ابو حنيفة رح خاضوا لا لا يجوز احواله عليه الصلوة والسلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال اوبتقص اذا جف تقيل نعم فقال عايه السلام لا ادا اي لا يجوز على تقدير التقصان بالجفاف* وفيه اشارة الى اشراط الممانعة في امدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك* وقوله فقال عايه السلام هو الدليل* ولا يبي حنيفة رح المتقول والمعتول اما الاول فلاه عايه السلام سمي الرطب تمر احسن اهدي رطبا فقال اوكل تمر خبير هكذا: وبيع التمر مثله جائز لما روي من الحديث المشهور* واما المعتول فما روي ان

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

ان ابا حنيفة رح لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانها شديدا عليه لمخالفتها الخبر فاجب
بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني بقوله
عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا خلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه
حديث سعدرض فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو ضعيف في الفئلة واستحسن
اهل الحديث منه هذا الطعن سلسنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور
واعرض بان التريد المذكور يقتضي جواز بيع المغلية بغير الملائة لان المغلية ان تكون
حظنة فيجوز باول الحديث اولا تكون فيجوز بآخرة فمنهم من قال ذلك كلام
حسن في المماطرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تنم به بل بما ينما من اطلاق اسم النسر
عليه فثبت ان التمر اسم لثمره خارجة من النخل من حين تعتقد صورتها الى
ان تدرك والرطب اسم لوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حظنة وقوله
فيجوز باول الحديث فلما انما جاز ان لو ثبت الملائة بينهما كيلا ولا تثبت الملائة ان العلي
صنعة يغرم عليها الا عواض فصاركمن باع قفزا بتقزود رهم لا يعال ذلك راجع
الى التفاوت في الصفة وهو ساطع كالجودة لان التفاوت الراجع الى صاع الله تعالى
ساطع بالحديث واما الراجع الى صاع العباد فمعنى دليل اعتباره بين المقد والسيئة *
وكل تفاوت يمتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المغلية بغيرها والحطة بالدقيق *
وكل تفاوت خلقي فهو ساطع العبرة كما في الرطب والسمرو الجيد والردى قوله وكذا العنب
بالزبيب يعني على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عد بالخلاف دون الاختلاف
اشارة الى قوة دليل ابا حنيفة رح * وميل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحطة المغلية بغيرها *
وهذه الزرارة نزي قول من قال ان يحججه اما تنم باللاق اسم السمرو عليه وان العن لما ورد
باللاق الامر على الرطب جعلوا عاوا حد افجار السح من لا يمل وامر برد باللاق اسم
العنب على الرب فاعبر فيه التفاوت الصنعى المفسد كما في المثلية بغيرها والرطب بالرطب

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

يجوز متماثلا كيلاي من حيث الكيل عندنا خلافا للمشافعي رح لانه ربوي يتفاوت في اعدل
الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بال دقيق * ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا
فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة
او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة والتمر المتنع بالمتنع او الزبيب المتنع بالمتنع من انقع
اذا اُلقي في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال في المال
وهو حال الجفاف ومنزعه حديث سعد رض وابو حنيفة رح يعتبرها في الحال عملا باطلاق
الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف رح الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر
لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رح الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة
والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل
الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر
مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه
واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن
تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولنا انل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا
على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات
المشار اليها وهو لا يتبدل **قوله** وابو باع البسر بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر
طابينا ان التمر اسم لشجرة النخل من ازل ما تعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل
يدايد جائزا بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الغاء وتشديد الراء وهو كم النخل
سمي به لانه يستمر في جوده بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدايد لان الكفرى ليس بتمر
لكونه قبل انعقاد الصورة **قوله** والكفرى عددي متفاوت قيل هو جواب سوال تقريره
لوان يكن تمر الجاز اسلام التمر في الكفرى انكه لم يجر وتقرير الجواب انه عددي متفاوت

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

متفاوت بالصغر والكبر ويتفاوت آحاده في المألية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة **قوله**
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسسم بالشيرج الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن
الابيض ويقال للعصير قبل ان يغير شيرج وهو عرب شيرة والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسسم *
واعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن
ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قنبر حنطة علكة بتقير مسوسة من غير
اعتبار ما في الضمن * واذ لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالديق *
والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية
ما يستخرج من الزيتون او لا * والثاني لا يجوز لتوهم الفصل الذي هو كما تحقق في هذا الباب *
والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقيق الفصل وهو بعض الزيت
والنجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والنجير وحده ان ساواه على تقدير
ان يكون النجير ذاقمة * واما ان لم يكن كما في الزيت بعد استخراج السمن اذا كان السمن
الخالص مثل ما في الزيت من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة رح والاول جائز
لوجود مقتضي وانتفاء المانع * والشيرج بالسمسسم والجوز بد هنة واللبن بسمنه والعنب بعصيره
والتمر بد بسه على هذا الاعتبار ولقابل ان يقول السمسسم مثلاً يشتمل على الشيرج والنجير *
فاما ان يكون المجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسسم
مطلقاً لان الشيرج وزني والسمسسم كيلى * او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسسم بالسمسسم
متفاضلاً صراً فالكل واحد من الدهن والنجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كرحنطة وكو
شعير بثلاثة اكرار حنطة وكوشعير او يكون احدهما اما الدهن او النجير منظورا اليه نقط
والثاني منتفٍ عادة والاول يوجب ان لا يقابل النجير بشيء من الدهن وليس كذلك
والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسسم بالسمسسم
متفاضلاً قوله صراً فالكل واحد من الدهن والنجير الى خلاف جنسه فلما كان كذلك اذا كانا

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

منفصلين خلقة كما في مسألة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجبر ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا * ف قيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو
نظير الحنطة بالدقيق * وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلهما موزون * وان خرجا
من الوزن او خرج احدهما من الوزن لابس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى ناضي خان
وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف
ماروي عن محمد ر ح ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا عنه انه لا يجوز مطلقا **قوله**
ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف
باختلاف الجنس كالبقرو الجواميس والبخاتي والعراب والمعز والاعان فلا يجوز بيع
لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف
كالبقرو الغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا **قوله** وكذلك الالبان وعن السامعي ر ح
ان المتصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحد اولئذا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة
كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التذني فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات
والتفكه في التواكاه والمطعم الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطبوع فان بيع لحم بعضها
ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلبي فلم يتناول الفدر الشرعي وفي منله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا **قوله** ان الم تبديل
بالصنعة يدل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء ان الم تبديل
الاجزاء بالصنعة فان تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا
كالهروي والمروني وفيد نظرا لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فانه يقول
اختلاف الاصول يوجب اختلاف الاجزاء ان الم تبديل بالصنعة وانما ان تبدلت فلا يوجب
وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما اثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع

(كتاب البيوع — * باب الربوا*)

مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف
الاصل كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبية
فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول **قوله** وكذا دخل الدقل بخل العنب
الدقل هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائزا ويؤكد حكم سائر التمور
ولما كانوا يجعلون الحل من الدقل غالبا خرج الكلام على مخرج العادة * وانما جاز
التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرا هما يعنى الدقل والعنب جنسين
بالاجتماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا *
وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل
فان المقصود هو المقصود فاختلفه يوجب التغير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر
يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود والنفاعة لا ينال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد
فكان الجنس متحدا لاننا نسلم ذلك فان لبن البقرة قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد
القصد اليهما والاولى ان يقال فلما اختلف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد
الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول * فالاصل ان يوجب
اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والعروء الا عند التبديل بالصنعة وان يوجب اتحاد
الاصول اتحاد العروء الا عند التبديل بالصنعة او اختلاف المقصود بالعروء ولم يظهر
عليه نقض * ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويستقط ما قيل شعر
المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مروى بالنظر الى المقصود جنسان
فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجحا بجانب الحرمة لان المقصود راجح
قوله وكذا اشحم البطن باللية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء * واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة * واما اختلاف المنافع فكافله **الطب قوله** ويجوز بيع الخبز بالحطه والدقيق بيع الخبز بالحطه والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقد والاخر نسيئة فان كان الاول جازلانه صار عدديا وموزونا فخرج عن كونه مكبلا من كل وجه والحطه مكبلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه اي لا يجوز * والتركيب للبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير * وان كان الثاني فلا يخلوا ما ان يكون الحطه والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جازلانه اسلم موزونا في مكبل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره * وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف رح لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما ذكر قال المصنف رح والفتوى على قول ابي يوسف رح وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف رح وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقرضه عند ابي حنيفة رح عددا او وزلا لانه يفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلط والرقه وبالخبز باعتبار حذقه وعدمه وبالنور في كونه جديدا فيجب خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التور لا يحى مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد رح يجوز استقرضه عددا او وزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في أحاده **قوله** ولا ربوا بين المولى وعبد ولا ربوا بين المولى وعبد المأذون الذي لا دين عليه بحيط برفيته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا لعدم تحقق الربوا به ووحداً البيع حقيقة في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

الربوا دليل على عدم جواز البيع وإذا كان عليه دين تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا للمولاه
عند ابي حنيفة ربح وعدهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي
فيحقق الربوا كما يتحقق بين المالكين ومولاة **قوله** ولا بين المسلم والحربي
في دار الحرب لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلاف لابي يوسف والسافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا
فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم
ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق
بعقد البيع * ولا يحنيفة ومحمد رحمهما الله ما روى مكحول عن النبي عليه الصلوة والسلام
انه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال
اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد
الامان حتى لا يازم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاة زال المغنى الذي خطرا لاجله
قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستأمن منهم في دارنا لا يحل
لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا اعتقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انتضاء المادة
* باب الحقوق *

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع
الا ان المصنف ربح التزم ترتيب الجاهع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا
وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قوله** من اشترى
منزلا فوقعه منزل ذكر اسماء المنزل والبيت والدار وفسره ايتبين ما ترتب على كل
اسم من بناء الاحتياج الى تصريحه ابدل على المرافق لدخولها ووجهه **قوله** الدار اسم
المادير عامه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يأتي فيه
مرافق المستقرين مع ضرب نفسه رندم اشتداله على منزل الدواب واذا عرف هذا

(كتاب البيوع — * باب الحقوق *)

فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتره ويصرح بذكر
احدى هذه العبارات الثلاث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلاث لم يدخل الاعلى
ومن اشترى دارا محدودا ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكيف وهذا لان
الدار لما كان اسما لما ادبر عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل
واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره
والا لكان الشيء تابعا لماله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ
الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول
الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان
لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصاله وانما ملك الاعارة لانها
تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل حذرا عن وقوع التغير به * والمكاتب لما اخص بمكاسبه كان احق بتصرف
ما يوصله الى مقصوده وفي كتابته عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة
واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو
فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علوه وفيه
نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو
عن علوه انه يدخل في عرفنا فان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول
منروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل انظر الى السبب اني يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

والطرف الآخر علي دار اخرى او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا
في الجامع الصغير لقاضي خان رح * وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة
التي فوق الباب الابد كمر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند اي حنيفة رح لانه مبني
علي هواء الطريق فاخذ حكمه وعند هما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء
مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشا به الكنيف وقوله ان كان مفتحه
في الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار **قوله** ومن اشترى
بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق
الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود
لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظر الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل
حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل
والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تعتد
لتمليك المنافع ولهذا التصح فيما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والمهر الصغير
والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذا المستأجر
لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلًا للفائدة المطلوبة منه
واما البيع فليتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض
السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدون لانه لا يشتري الطريق
والشرب والمسيل عادة ووجد الضمير لكل واحد او بتاويل المذكور وقد يستأجرها ايضا
وقد يكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة والله اعلم بالصواب

* باب الاستحقاق *

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قوله** ومن اشترى
جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا ياستلاده فاستحقها رجل بينة وانه

(كتاب البيوع — *باب الاستحقاق*)

يأخذها وولدها وان اقر المشتري بها الرجل لم يتبعها ولدها * ووجه الفرق ما ذكره ان البيعة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالنسبة على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الافرار فحجة فاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر بضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بدل من مخبره وان ثبت بالضرورة بقدرة الضرورة وهي تدفع باثباته بعد الانصال يقتصر على الحال فلا يظهر ما كان المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد * اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر شاهد له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا اتضى بالام للمستحق بالبيعة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعام لا * قيل يدخل لتبعيته لها * وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد ر ح اذا اتضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في بدرجل غائب فالتضاء بالام لا يكون قضاء بالولد **قوله** ومن اشترى عبدا او ذاهو حر رجل قال لا خراشتري فاني عبد واشتراه فاذا هو حر فلا يخلو ما ان يكون البائع حاصرا او غائبا غيبة مبروفة واما ان يكون غائبا غيبة مخطئة لا يدري اين هو وان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني رجعا لاشترى على العبد والعبد على البائع * وان لم يفل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد ايس على العبد شيء في مؤمنهم * وان قال ارتهني فاني عبد فوجدته حرا لم يرجع اليه ايهما على العبد شيء سواء كان الراهن حاضرا او غائبا غيبة كانت وعن النبي ر ح اد لا يرشح على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا المفعول ان يكون بالبيعة او بالكفالة ليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

هو الاخبار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتبني فاني عبد وهي المسئلة الثانية
ولهما ان المشتري اعتمد في شراءه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد
اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء
بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا
عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون
على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد
بظهور حربته اهل للضمان فيجعل ضامنا للشئ عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه **قوله** والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما
من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتما ما ببيان
اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره
عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله
لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه
غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريبا في غير المعاوضة * واذا عرف هذا ظهر الفرق
بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لا سبب لها عين حقه وانما جاز الرهن
ببدلي الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستبراء ولو كان معاوضة لكان استبدال
برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة فلا يجعل الامر به
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة
ضرب اشكال على قول الجمعية رح وهو ان الدار من شرطني حربته العبد عدة والسامع
ينسب الدار عوي والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد ما ان بدعي الحربة اولا فالاول
مناقض والداني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قولهم رح فاذا العبد حر يستل

(كتاب البيوع — * باب الاستحقاق *)

حرية الاصل والحرية بعناق عارض فان اراد الاول فله وجهان * احدهما ما قاله عامة المشائخ رحمهم الله ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخوانها وبناتها فانه اذا كان حرا الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذ لم تكن الدعوى شرطاً لم يكن التناقض مانعا * والثاني ما قاله بعض المشائخ ان الدعوى وان كانت شرطاً في حرية الاصل ايضا عنده لكنه يعذر في التناقض لاختفاء حال العلوق وكل ما كان مباحا على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر * وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبائنه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلاث لان فيما هو به امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلاث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعدا فامتهما البينة على ما ادعياه **قوله** ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار يدرج في فصل الحق الذي في داه على ما تدرهم فاستحققت الدار الا ذراعا منها لم يرجع شيء لان للدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاهما كلها فصالحه على ما تدرهم فاستحق منها شيء يرجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والماتد كانت بدلا عن كل الدار وام بسلم فتقسم الماتد لان الدل ينقسم على اجزاء الممدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعاوام جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تنضي الى الممازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البيعة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك
فحينئذ تصح وتقبل البيعة والله اعلم بالصواب

* فصل في بيع الفضولي *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق
لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك
بغير اذني فهو عين بيع الفضولي * والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه
على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس
بوكيل وفتح الفاء خطأ **قوله** ومن باع ملك غيره بغير امره فالملك بالخيار ومن باع ملك
غيره بغير اذنه فالملك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك
رح واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد
لا سلم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقد او مالم يصدر عن ولاية
شرعية لا ينعقد - لان الاعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولما انه تصرف تمليك وقد صدر
من اهله في صحته فوجب التول بابعة امانه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام
الى الخاص كعلم النقة فلانزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم ينل تمليك لان التملك
من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التملك شرع لاجل التملك فان المراد
بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يغد التصرف التملك كان لغوا فالجواب ان الحكم
يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما يذكر افاد حكما موقوفا كما ان السبب
البات افاد حكما باتا وان السبب انه يلغوا اذا خلا عن الحكم واما اذا تأخر فلا كما في البيع
بشرط الخيار * واما صدوره من الامل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ * واما المحل
فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام المالك للعائد في المحل لا تعدم المالية والتقوم
الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جازوا الاذن لا يجعل غير المحل محلا * واما وجوب

(كتاب البيوع - *باب الاستحقاق* - فصل في بيع الفضولي)

القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمنع الامناع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار المنع واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فتبنت القدرة الشرعية تحصيل الهدية المانع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجد اجاب عن ذلك منكر ابقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف المانع فان قيل سلبا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمحصر في الضرر بل عدم الملك، مانع شرعا لقوله عايه الصلوة والسلام لحكيم بن حزام لا تبعه اليس عندك وكذا العجز عن التسليم الا بربي ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكا له قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عروة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام اعطاه ديناراً ليشتري به احمية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ثرا باريح فيه لا يتال عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والسراء لانه عروى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمقول انه عليه الصلوة والسلام امره ان يشتري له احمية ولو كان لفعل على سبيل المدح لدان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعته او لا اجيب بان فيه تنزيها وهو ان الفضولي ان نال بيع هذا العين لعلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريته لاجل او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لعلان فقال الفضولي قبلت لاجله فهو ماعى هذا الخلاف. * وان قال اشتريته منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضى الغير * وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضا وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتج الى الايقاف على رضى الغير * والى هذا الوجه اشار المصنف رح بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدرهم والدنانير والفاوس والكيلبي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين * فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه فكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والنمن مملوك للمالك امانه في يد الفضولي * وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقية ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع ما باعه ثمنه له المكدا بمقدلا اجازة نقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض النمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان صليا او قيمته ان لم يكن مثليا لان النمن اذا كان عرضا صار البائع من وجهه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذلك الكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر اذا عبرت نقد انتهت فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ واوله ملك المالك لا ينفذ باجازه الوارث في العصلين اي فيما اذا كان النمن دينا وعرضا لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه ولا يجوز باجازه غيره واستشكل بما اذا تزوجت امه لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع النضولي)

وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية
وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات
على الحل الموقوف لانه يطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف
دفع الضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل
نكاحها ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع
في قول ابي يوسف رح اولاد هو قول محمد رح لان الاصل بقاء ثم رجع ابي يوسف رح
وقال الا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع
فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذا اصل
البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لاثبتة
ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة
قوله ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابي يوسف رح ما رويت
لك عن ابي حنيفة رح ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد رح
بل رويت اي ان العتق جائز وصورتهما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لانه لا يعتق بدون الملك لقوله عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما
ثبت في الاخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير صحيح للاعناق
از المصحح لدهو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ماروبا ولا يشكل بالمكاتبة فان اعتاقه
جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه
واستوضح المصنف رح بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا الا يصح ان يعتق العاصب ثم

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

ثم يؤدى الضمان وهورا جمع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق
المشتري والخيار للبائع ثم يجوز البائع وهورا جمع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا
لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز
المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك
مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق
ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذ افلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا
لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه
ينبت موقوفا ولا عتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت
فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولا انتفاء المانع وهو الضرر
واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على
اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق
الوارث عبد من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك
بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكر المصنف رح للاستظهار به
واحترق بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبنوله موضوع لافادة الملك من الغصب
فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد رح عن المسائل المذكورة
فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال
في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك
وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان
كلام من حواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والمالك ههنا بلا حازة ولكن وجه
تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة
لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق ان يزود بالمنفصلة وحكم الملك

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المصنف روح مضاف أي غير موصوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان * على أنه ليس بواردان البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيد وقوله بخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فإن قوله على أنني بالخيار مقرون بالعقد نصاً وقران الشرط بالعقد يسمع كونه سبباً قبل وجود الشرط فيعده أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة ووجه ما قل لأن الإجازة ثبتت للبائع ملك بات إذا طرأ على ملك موقوف بغيره بطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً لأن طرأ الملك الذي بنيت للغاصب بإداء الضمان على ملك المشتري الذي استرى منه وهو موقوف البات في أن طرأ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلاً لكان مانعاً عن الموقوف لأن اندفع استئصال من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يعدى إلى بطل حق المشتري وعن الثاني بأن البيع الموقوف بغيره موجود في حق المالك بل بوجود من الفضولي والمانع إنما يكون بعد الوجود وما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فتد ثبت للمشتري ملك بات وبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامه في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طرأ حتى يتوجه السؤال وقولاً إذا أدى الغاصب الضمان جواب

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلان سلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال رح في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالتق اولى قال المصنف رح وهو الاصح ولئن سلم فقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ وقفه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المميز والمميز كان مال كاله حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد **قوله** فاذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالا جازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالا جازة ثبت الملك من وقت السبب اكون الاجازة في الانهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي منقرا فيها والكسب والارش والود لا يملك الا يملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وصنعه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلعت نفسها ثم بلغ الخبر للزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت امه الكية ايها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تدفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعند ما ثبت الملك

(كتاب البيوع - *باب الاستحقاق* - فصل في بيع الفضولي)

من وقت العقد والتبويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعند ما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش للمشتري حجة على محمد رح في عدم تجويزه الاعتاق في الملك المتوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر ابي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا اطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية * وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد رح لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه * وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لان هذا اقرب ريت صدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن اوفيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به * وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستداد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق * - فصل في بيع الفضولي)

الوجهين في الكتاب على الاعتبارين فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله ولان فيه غررا لانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالاجواز الموقوف عملابهما لا يقال الغرر محرم فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته * على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لاسيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فساله عما يعارضه اذا المشتري الاول لم يملك حتى يطلب مشريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح **قوله** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لا متاع ايجاب البدل للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا بقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابله البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلعه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل

(كتاب البيوع - * باب الاستحقاق - * فصل في بيع الفضولي)

كان البديل للمشتري **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال
المشتري ارد البيع لانك بعته بغير امر صاحبه وحسد البائع ذلك فاقام المشتري البينة
ان رب العبد او البائع اقرا ولم يامر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبني على صحة الدعوى
فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وهم باطلت الدعوى للتناقض لان اقام المشتري
دليل على صحة الشراء وان البائع ملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل
على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة
صحتها القبول البينة وان اقرا البائع بذلك اي انه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئاً ثم انزله صح اقراره الا ان الاقرار
حجة قاصرة لا يتعدى الى حق الغير فاذا ساعد المشتري على ذلك فتحقق الاتناقض بينهما
فجاز ان ينقض وذكر المصنف رح مسألة الزيادات نقضا على مسألة الجامع الصغير
وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك
ثم اقام البينة على البائع انه اقربان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال
وفرقوا اي المشائخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في
مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع
بالنمن مع سلامة المبيع لانه شرط الرجوع بالنمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي
في مسألة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له
حق الرجوع لوجود شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات
ايضا في ان العبد في يد المشتري والنمن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء
التناقض المبطل للدعوى والاوى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع
قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلم تقبل لتناقض وفي مسألة الزيادات اقام البينة
على الاقرار ببيع المبيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة فقال صاحب النهاية ولم يتضح لي

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع
الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع
بعد المار ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقرب ذلك ويشهدون به
ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم * والواضح في الفرق ما ذكره المصنف رح على
ما قررنا وما قيل ان التفاضل المبطّل للدعوى باق بحجّاب عنه بان المشتري غير متناقص
من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل
المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث
الظاهر فكان متناقصا من وجه دون وجه فجعلناه متناقصا في مسألة الجامع الصغير لانه لا ينبغي
فائدة الرجوع بالنسب لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقصا في الفصل الثاني
لانه يغيد فائدة الرجوع بالنسب لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر
الامكان فصرنا اليه **قوله** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصه غيره بغير امره
وادخلها المشتري في بناء قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتقا فالم يضمن البائع
اي قيمة الدار عند ابعثنيته رح وهو قول ابي يوسف رح آخر او كان يقول ولا يضمن البائع
وهو قول محمد رح وهي مسألة فصب العترة على ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احد هما انزع في بيان
ما يشترط فيه ذلك * وقد مر السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين
فيكون يسره المهر من المذنب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن * وفي اصطلاح
العلماء هو اخذ عاجل بأجل قيل هو المعنى الغروي الا ان في الشرع اقرب به رد
شرائط رد بان الساعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بهم ولو قيل
بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك * وركنه الايجاب والتبطل بان يقول رب السلم لا خير

كتاب البيوع — *باب السلم*

اسلمت اليك عشرة دراهم في كرحنطة واسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا
رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه * ولو صدر الاجاب من المسلم اليه
والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازها سنذكر في اثناء كلامه **قوله** السلم عقد
مشروع بالكتاب السلم عند مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب
فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تدابرتكم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم
بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما *
ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله احل السافي
المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المدائنة اطول آيد في كتابه وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تدابرتكم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ولا معتبره
فلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به * وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما
في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا اذ معاه الواجب في الذمة واما السنة
فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذا المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه
بالنص **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات
لقوله عايه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب
ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجوار لا محال فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يتنص
الجوار كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل
قد دل على وجود السلم في الشرع واما الحدوث يستدل به على جوازه في المكيلات
والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدينير لانهما ائمان والمسلم فيه لا يكون
ثم ادل بكون صما ولا يصح السلم فيها ثم قيل بكون باطلا وفيل يعقد بيعا بمن مؤجل
بحصلا لمصودا لمعا فدين بقدر الامكان والا اعتباري العقود للمعاني والاول قول عيسى

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش * وهذا الاختلاف فيما اذا السلم حنطة او غيره من العروض في الدراهم والدنانير ليتمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصد ابدال الحنطة بالدراهم * واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دينار فانه لا يجوز بالا جماع وما ذكره عيسى اصح لان النصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجبا في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجبا فيد فلا يكون صحيحا **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكبلات والموزونات جوازة في المذروعات لكونها كالمكبلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما * وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس المذروع مع المكبل والموزون كذلك لنفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما صليان لان المطاط هو ما ذكرنا ان الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او صليان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قول النبي عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكبلات والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب اننا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلماء ولكنه عام مخصوص وهودون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا في المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجز والبيض لان العددي امتتارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكبل والموزون والكبير والصغير سواء لا صطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتفاوت تفاوتا في المال دون
الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رح ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة رح
ان السلم لا يجوز في بيع النعامة لانه يتفاوت آحاده في المايه ثم كما يجوز السلم فيها ابي
في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي لا كيلى وعنه
انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا ان المقدار مرة تعرف بالعدو اخرى
بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز ادارة
والاصطلاح على كونه كيلى **قوله** وكذا في الفلوس عددا ابي يجوز السلم في الفلوس
عددان كره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة
وابيوسف رحمهما الله وما عند محمد رح لا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان
التمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما
فاذا بطلت التمنية صارت مثنى يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسألة
بيع الفلوس بالناسين ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج
الى الفرق لمحمد رح بين البيع والسلم وهوان كون المسلم فيه مثنى من ضرورة جواز السلم
فان اداهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثنى وليس من ضرورة
جواز البيع كون المبيع مثنى فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فلا اقدم على البيع
لا تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي نمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنتين **قوله**
ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلوا ما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز
بلا خلاف والاني لا يجوز عندنا خلافا للسائعي رح هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس
كالابل والسن كالجذع والسي والوخ كالنخ والعرب والصفه كالسمن والهزال
والثاودى بعد ذاك ما نطقت له وشبهه انياب وقد ثبت ان النبي عليه الصلوة والسلام امر
بمروءى العاص ان يشتري بعير ابيعير بن في نكح الجيش الى اجل وانه عليه الصلوة

(كتاب البيوع — *باب السلم*)

الصلوة والسلام استقرض بكرة وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولثان
بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالمية باعتبار المعاني
الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما
زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيغضي الى المازع المئانية لوضع الاسباب بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتنا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير
ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي
فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لغزتها
في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله عليه الصلوة والسلام
بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك **قوله**
وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت العاشر في المعاني الباطنة
لا يوجد في العصافير والحمامات التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره
ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير
ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال البهي
عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو المو صوف منه فلا يتصل بمحل النزاع
لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه رفع
مالا مضاربة الى زيد بن خليفة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرتوب في ثلاثين معلومة
فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا
لان المقتضى كانت معلومة فكان لكونه حيا لا يقال في كلام المصنف رح تسامح لان الدليل
لمذكور بقوله ولما منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على
المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة **قوله** ولا في
اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع

(كتاب البيوع - باب السلم*)

والكراع مادون الركبة من الدواب والاكراع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدّر له ولاي جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضى السلم فيها الى المنازعة ولايتوهم انه يجوز وزنا لقيدة عدد الان معناه انه عددي فحيث لم يجز عدد الم يجوزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانثناء المنازعة ح ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جزا بجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من التت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبرا وذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لاينفاوت **قوله** ولايجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا فحينئذ وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي رح والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا للمالك والشافعي رح له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبد وصلاحها وهو حجة على الشافعي رح فانه عليه الصلوة والسلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عايه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث وان اوجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم حقيقه
وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فبقي واجب بان عدم القدرة على ذلك التقدير
ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه
كذلك واجب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه
كذلك **قوله** ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالتسليم
صحيح على حاله فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض
في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة
وهو باق ببقائها كالعبد الآبق * وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة
الى جواب زفر رح عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم
وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف
الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسد **قوله**
وبجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عدد الايجوز طريا كان او مالحا للثبوت
ووزنا ما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن
معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري
ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى
لو كان في بلد لا ينقطع جاز * وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال * ووجه الرواية الاخرى
ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كاصغار قيل يقال سمك مبيع ومسلوح ولا يقال
مالح الا في لغة رديّة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الرازي * بصرية تزوجت بصريا *
بطعمها المالح والطريا * لانه مولد لا يؤخذ بلغته قال الامام الزر نوخي كفى بذلك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

حجة الفقهاء **قوله** ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في اللحم وقالوا اذ اوصف منه موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لكونه موزوناً معلوماً كسائر الموزونات وهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل فان قبل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه * وفي تعليقه تأمل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلاً بيان سمته وزنه وسننه ومقداره * ومن المسائل من حد المأكورة من لحم الطيور على طير لا يقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انداسام في المانعة والسام في مائه غير جائز عندهم اتفاقاً وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس التوالد فيجوز عند الكل لان ما يتع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يروي رجاء السام * ولا يبي حنيفة رح طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ماهومة حمر وعلى ما ليس بدمية صود وهو اعظم في تفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بدمية صود الا يرى ان تجرى الماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والزرع فكان المقصود مجبراً لا جهلاً يقتضي الى المازع لا ترتفع به ان الموضع والوزن * وهذا يقتضي جوازه في مروع العظم وهو مخار محمد بن شجاع * والله اني ان اللحم يشتمل على السمك واليزال ومقاصد الناس في ذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلال وسكوته والسلم لا يكون الا مؤجلاً ولا بدري انه عند المحلل على اي صفة تكون وهذه الجهة المقتضية الى الزراع ولا يرتفع بالتوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح فوله والتصمين للمحلل جواب عن قولهما ولهذا يضمن للمحلل بالبيع وبعد التسليم فالمحلل اعدل من التمسك لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

والقبض يعاين يعني ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضى الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلاً السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رح استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلوة والسلام الى اجل معلوم لما ذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلماً مؤجلاً فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيلاً ووزن معلوم ان كان وزناً فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلاً فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لالضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فبتحمل التدبر لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جواز بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل طلباً مل ولان السلم شرع رخصه لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وشرع لذلك لا بد ان يثبت على وجه تدفع به حاجة المفاليس والالم يمكن معيد الما شرع له وانما الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون بانرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبني على الثاني وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى السراع المحجوج للمفاليس وعاد على موضوعه بالقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرته

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

لما جاز ممن عدة اكرار حنطة آجيب بان السلم لا يكون الا بادنئ الثمنين وهودايل
على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه
هذه الرخصة كما في رخصة المسافر **قوله** ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط
الاحل في السلم لا بد من كونه معلوما لما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة فيه منضية
الى المازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدا واختلف
في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدل الالبسة بكتاب الالبان حلف ليقضين دينه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر
وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي
استاد الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمه بيان
اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدور وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس
والموئل ما يخرق بضعه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال
ابوبكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان
قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
اذ لم يعلم مقدار ان التسليم في السلم متاخر فر بما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المازعة
ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم المقدار والذراع كذلك اوباع بذلك الاناء المجهول
القدر يد ابد لا بأس بذلك لحصول الامن من المازعة وقد مر يعني في اول البيوع
ان البيع يد ايد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندرها لئلا يهلك لكن لا بد
ان يكون المكيال مما لا يبتعض ولا ينسبط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب ونحوها
اما اذا كان من لبن كبس بالكس كالزبيب بكسر الزاء لان فعلا لا يفتح الفاء ليس من ابنتهم
والجرب والزراعة والجوارف فانه لا يجوز لافضائه الى المازعة الا ان ابويوسف رح
استحسنه في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا اربة بهذه القرية من ماء للتعامل

(كتاب البيوع - *باب السلم*)

قوله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا الا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فتنتفى القدرة على التسليم اشارة الى ذلك قوله عليه السلام حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان فلا رأت لو اذهب الله الثمر لم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله عليه السلام مال اخيه اراد به رأس المال اي لو لم تحصل الثمرة فباي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المبيعة كالخشمراني ببخارا او البساخي بفرغانه جاز العقد فان تعيين الخشمران ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الابل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا ببثل صفة حنطة الخشمران وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذ اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما ثبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بذلك الصفة فكان تعيينا للسكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة كان لا ريب في ان لا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبعة شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غير هرويا نوع معلوم مقبلة او بخسنا او بخسبي خلاف السقي مسبوب الى خمس ودينار ارض التي يستقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء وصحة معاومة جيدة اوردناه ومقدار معلوم عشرين كرا بسكيال معروف او عشرين رطلا * واجل معلوم والاصل في ذلك

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

من المنقول ما روينا من قوله عليه السلام من اسلم منكم النخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة مفضية فيه الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان صايتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل بنتم الحاء ومؤنة ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمل فهذا ان شرطان لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلا فالهما قالا في المسئلة الاولى ان المتصور يحصل بالاشارة فاشبه السن والاجرة يعني اذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاروان لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي ان يكفي بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا بي حنيفة رح انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلولم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ماله فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها * وفوله او ربما وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم ح الرأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف رح بان الموهوم في هذا العقد كما تحقق لشرعه مع الهناني اذا القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيل رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيل وعوده الى الجهالة لاسيما على قول من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار بالازل عن الشبهة لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد ان ترك الاستدلال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هي

(كتاب البيوع - باب السلم *)

هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم اذا المعنى من الموهوم هو ذلك * وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلامها مبني على وجوده زيفا والاول اظهر وقوله بخلاف الثوب جواب عما فاساه عليه من الثوب * وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذراع في الثوب المعين صفة ولهذا الوجوده زائد اعلى المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجد ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قيا سامع الفارق * ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله يتضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كرحنطة وكركشعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رح لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كرحنطة وقد عام وزن احد همدون الاخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احد همدون كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصته الآخر وعند هذه يجوز لوجود الاشارة * وقالوا في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين لا يناء لان العقد لا يربط بالتسليم بحد فهو ما بين كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في مسمى العقد ولا يبرأ منه مكان آخر لعدم ما يوجبها وما هو كذلك يتعين كقول اوتاب الامكان في الواصر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يبرأ منه وقد عرفت في موصعه وصار كالفرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم ونوفض بما ادبا ع ما روي في السواد في روي عن محمد رح ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خياره وان لم يعلمه له خيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعرض بان مكان العقد يتعين بطل العقد ببيان

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كرحنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله
ينسد عقده اشتراها في المصر او خارجة بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان
البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضرا لانه في ذمة المسلم اليه
وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضرة وفيه نظر لان فيه قيد الم يذكّر
في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح بخالفها
يطلبها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الدين بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة
ولا بي حنيئة. رح ان السلم تسليمه غير واجب في الحال الاشتراط الاجل بالاتفاق وكل
ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد يبدل للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين
للتسليم بسبب ؛ يستحق به التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم
لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه رجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها
يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضع عقد قال ارايت لو عقد السلم في السفينة في لجة البحر
اكان باعين مرسعة لنقد للتسليم عند حلول الاجل هذا ما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان
العقد لم يتعين لاية بقي مكان الابعاء مجهولا جهالة منضبة الى المأزعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكتر فيه الثمن والمسلم اليه
يسلمه في خلاف ذلك فصار كجبة واحدة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان
وعن هذا اي عما ذكرنا ان حيا له المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشائخ رحمهم الله
ان الاختلاف في المكان بوجوب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة
في احد البلدين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عده بل القول للمسلم اليه
وعندهما يوجب لان تعيين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما كان الاختلاف
في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعندهما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل
والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والتسمة وصورة الثمن

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

التمن اشترى شيئاً بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده
وعند هما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو
اختيار خمس الائمة رح لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عايتها في كتاب الاجارات *
وصورة الاجرة استأجر داراً او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان
مكان الايفاء عنده خلافاً لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم في مكان
تسليمها وصورة القسمة اقتسام دار او اخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الرائد
مكيلاً او موزوناً موصوفاً في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافاً لهما ويتعين
مكان القسمة **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له
حمل ومؤنة وهو الذي لو امر انساناً بحمله الى مجلس القضاء حمله مجاناً * وقيل ما يمكن
رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم
اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجاهل وبيوع
الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيعبر عن غيره وذكر في الاحارات يوفيه في
اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ان المألية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه
قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب
التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتبار فلو عين مكاناً قيل لا يتعين لانه لا يفيد
حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماله باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد عن
رب الشئ سوط خطر الطريق ولو عين المصرفي ماله حمل ومؤنة يكتفى به لان المصرف مع تباين
اطرائه كبقعة واحدة فيم ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيذكرنا من المسائل
وهي السلم بالتمن والاجرة والقسمة * وقيل هذا اذا لم يكن المصرف عطيماً فلو كان بين نواحيه
مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يحزل ان فيه جهالة منضبة **قوله** ولا يصح

(كتاب البيوع - باب السلم *)

حتى يقبض رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذ الم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد *
اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الكالي بالكالي اى لنسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجلا باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود ثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جواز لان العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يود الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتطلب اى ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اى ولا اشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائده الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلورد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما يتناهي فاذ لم يفد فائده لا يجوز انباته وفي بيع العين يفيد فائده لان العقد ينسخ عند الرؤية اذ ارد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فبنسخ قيل فيه شك *
احد هما ان السدي في قوله فيه انه ان براد به رأس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا بد من السلم ولا الى الثاني لانتفاء التريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار في السلم فيه وعدمه لا دخل له في ذلك فكان اجنبيا *
والثاني ان المبيع في الاستصناع دين

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره
استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان ديناً في الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عيناً
وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لانسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين
بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه
بتمام الصنفه وتمامها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط
قبل الافتراق فلا يخلو ما ان يكون رأس المال قائماً ولا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط
لان ابتداءه برأس مال هودين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء
اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز
خلاف الزفر فرح وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول
فانه ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لفرح **قوله** وجملته الشروط جمعوها جمع المشائخ جملة
شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله
والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان
الجنس والنوع والصفة والتدروفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره
وبيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينتطح كما بينا فان اسلم
ما تني درهم في كرحضة مائة منهما دين على المسلم اليه ومائة نقد فسلم في حصة الدين
باطل سواء طاق المائتين ابتداءً او اضاف العقد في احد لهما الى الدين لغوات القبض ويجوز
في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحاً
اما اذا كان اطلق ثم جعل المائة من رأس المال تصابا لدين فلا اشكال في طروء
كما اورد عبد بن ثم مات احد هذا قبل القبض كان الباقي مبيعاً بالحصة طارئاً واعا اذا
اضاف الى الدين ابتداءً فكذلك ولهذا لو قدر رأس المال قبل الافتراق صح وهذا
لان العقود زمنية في العقود اذا كانت عيناً كذا اذا كانت ديناً فصار الاطلاق والتعديد

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

سواء الاتري انه لو تباعا عينا بدين ثم تصادقا ان لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين
الدين فيعتقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي عليه السلام نهى عن الكالى
بالكالى * وقيد بقوله مائة منهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع
الفساد لانها ليست بمال في حقهما **قوله** ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه
لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالى
بالكالى فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فالتشروط وهو معنى قوله
فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه، كذلك لانه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المنبوض بعقد السلم كالعين المشتري
فرأس المال ان كان منليا جازا ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن
عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه
ولا التولية وصورتها ظاهرة وانما اخصهما بالذكر بعد ما دخل في العموم لانها اكثر وقوعا
من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة
معروف فانه يولي غيره ما تولي فان نقلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري
من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك
اورأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبهها بالمبيع
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه
لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل رأس المال ميعاليرد عليه العقد والا
لكان ما فرغناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه
و اذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم
فلان يمكن ذلك انتهاء فيه اهو بيع من وجه دون وجه كان اولي واذا ثبت شبهه بالمبيع
والمبيع لا تصرف فيه قبل القبض فكذلك اما شبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

قبض رأس المال في المجلس اعتبارا لانتهاء بالابتداء آجابه بقوله لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة واذ اثبت التبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكائي بالكائي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السؤال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف رح دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في مبرز الدليل على انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان ادق على طريقة قوله في اول الكتاب ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله * ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم * بهن فلول من قراع الكتاب * قوله وفيه اي في جعل رأس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر رح هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار ديناف في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديين حاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعتول قوله ومن اسلم في كسر علم حل الا حل رجل اسلم في كرم من الحنطة وهو مستو بله حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرازا مررب السلم بقبضه ، لم يكن قضاء حتى لو هلك المتبوع في يد رب السلم كان من مال المتبوع ، ان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم نفسه فاكاله له ثم اكاه لنفسه جاز لا جتمعت الصفتان بشرط الكيل الاولى صفة المسلم اليه مع البعثة والثانية صفة رب السلم فلا بد من الكيل مرتين اشبه السبي عليه الصلوة والسلام من بيع الطوام على يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المنحل باب المراجعة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفتين على ما نبين قوله والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشراء فلم يتحقق الصفقة الثانية
ليدخل تحت النهي * وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق
وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير
الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى
فيبقى فيما ورائه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان
فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض المكر ففعل
جاز لان القرض اعادة ولهذا ينقصد بلفظ الاعادة ولو لم تكن اعادة لزم تملك الشيء بجنسه
نسيئة وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم
فكان المراد عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل
وامررب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قوله** ومن اسلم في كرفا امررب السلم رجل اسلم
في كرفا امررب السلم ان يكيه المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم
غائب وام يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر
بالكيل لم يصادف ملك الامر ان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الا مرفصا المسلم اليه
من غير اللئيم من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين ودفع اليه
كيسا لينزها المديون فيه حيث لم يصرف ابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره
الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة
صح الامر لمصادفة الملك واذا صح صار البائع وكيفا عند في امساك الغرائر فبقيت الغرائر
في يدي المشتري حكما فما وقع فيها صار في يدي المشتري **قوله** الا ترى توضيح لملكه بالبيع
فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امر
ارصه في ان يحرق السلم ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس
ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمه وصحته مرفوعة على الملك فلو لا انه ملكه لما صح امره

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

امره ويجوز ان يكون توضيحاً لقوله لان الامر قد صح وهذا اي ولان الامر قد صح يكتفى
 بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل فان قيل البائع مسلم
 فكيف يكون متسلماً اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر
 المشتري فلا يكون مسلماً ومتسلماً * وانما قال في الصحيح احترازاً عما قيل لا يكتفى بكيل
 واحد تمسكاً بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه نهى عن بيع الطعام حتى
 يجري فيه صاء ان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا واما المشتري
 البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصير المشتري قابضاً لانه استعار غرائره ولم يقبضها
 فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار
 كما لو امره ان يكيله وبعره في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصير
 المشتري قابضاً لانه مستعير ولم يقبض ^{قوله} ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل
 اسلم في كرخطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كراً آخر بعينه ودفع غرائره
 اليه ليحمل الدين اي المسام فيه والعين ودوا المشتري فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل
 فيها اول الدين او العين ^{قوله} ان كان النبي صلى الله عليه وسلم يري زبناً له ما جميعاً اما العين فله
 الامر فيه لمصادقته الملك فكان قول الله عز وجل لان الامر ورد بانه لا يصالح نائباً عن المشتري
 في القبض كما لو وكله بذلك نصاً واجب بانه ثبت ضمانه ان لم يثبت قصد اوامه الدين
 فلا تصال به بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض ^{قوله} استقرض خنضه وامره
 ان يزرعه في ارضه وكمن دفع الى صائغ خنضه وامره ان يزرعه من صده نصف دينار
 ولا يسكل بالصبغ فان الصبغ والصنع اتصال بالملك المستأجر ولم يصرفه بالان المعتق ^{قوله}
 في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتبعه او زواله على ان لم يصرفه متصلاً بالرب فلا يكون
 قابضاً * وان كان الاول لم يصرفه بالمتصلاً بالدين فله دم صحه الامم لعدم مصانته فله دم
 لان حق الدين في العين وهذا عين فكان الماء ويربها ^{قوله} ان يزرعه متصلاً بالملك

(کتاب البیوع — * باب السلم *)

[illegible]

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكروا^١ وإن أنكر الصحة
 وعلى هذا إذا سلم رجل في كرحضة ثم اختلف فقال المسلم إليه شرطت لك ردًا
 وقال رب السلم لم تشتر شيئًا والقول قول المسلم إليه لأن رب السلم تمتعت في إنكاره
 صحة السلم لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة وكان القول لمن شهد
 له الظاهر فابهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف
 والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون انفساد كان الظاهر شاهدًا
 للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق وفيه بحث لأننا لا نسلم أن المسلم
 فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن القدر القليل خير من النسيئة وإن كانت
 كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيدًا أو ما إذا كان ردًا فممنوع سلمناه لكنه مخالف
 للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر
 وهو باطلاً لأنه يقتضي أن يكون القول قول المنكروا^٢ وإن أنكر الصحة والجواب أن الناس
 مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن العيب في الأعيان وكثرة رغبتهم في التجارة
 الرابحة يقدّمون على السلم مع استعدائهم عن السلم في الحال الراهة وذلك أقوى
 دليل على ربوا المسلم فيه وإن كان ردًا يارزعه^٣ أي يربو عليه كقولهم وإن كان
 منكراً لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كما لو دعانا^٤ أي ردّ الودعة إذا انعكست
 المسلمانه وهو أن يدعي رب السلم الوصف بإكراه المسلم إليه^٥ أي يربو عليه كقولهم إن كان
 وأما آخرون من المسائخ رحمهم الله قالوا يجب أن يكون القول قول المسلم إليه^٦ أي يربو عليه
 لأن يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرًا وعنده القول المسلم إليه^٧ أي يربو عليه كقولهم
 أنكر الصحة قوله^٨ وقد يرد من يرد يرد به ما يرد يرد به لا يرد به لا يرد به لا يرد به لا يرد به
 عند هذه في عبارات تساميم رايها استعمال البعد والمضي وقوله لا يرد به لا يرد به لا يرد به لا يرد به
 أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم^٩ أي يربو عليه تمتعت

(كتاب البيوع — باب السلم *)

في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لانسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد
العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يراد على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه
وهو القياس اجاب المصنف ر ح بان الفساد بعد م الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم
الحال جائز عند الشافعي ر ح واذ لم يكن متيقنا بعد منه لم يلزم من انكاره رد رأس المال
فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المستلذ الاول فان الفساد
بعد منه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح
فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت ذاك
وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية، وغيرة وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل
ورب السلم يكره القول لرب السلم عند عدالة يكره حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول
قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا مال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لكون
المضارب متعنتا في انكاره حقه وهو زيادة عشرة ولو مال رب المال شرطت لك نصف الربح
الا عشرة وقال المضارب لابل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة ر ح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة
وقد اتفقا على عقد واحد اذا السلم الحال فسد ليس بفساد آخر واختلفا في جواز فساد وسادة وكانا
متفقين على الصحة ظاهر الوجهين * احد هما ان اظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة
الصحة * والاني ان الاقدام على التسليم التزام شرائطه والاجل من شرائط السلم فكان
اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمكر بعدده ساع في عقد من ماتم به وانكاره انكار بعد الاتقرار
وهو مردود بخلاف المضارب فانها اذا اختلفت في اتمام العقد الاختلاف تابع اذا افسد
سارت اجازة اذا اصبحت كانت شركة فاذا اختلفا في المدعي للصحة من عقد المدعي للفساد
مدح العقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الحواز والفساد يستلزم اعتبار

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لو حدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقداً واحداً كان الاختلاف فيه انكاراً بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة باللزوم لأنه بالفساد لا ينقلب عقداً آخر عن غيرهما بغير اللزوم لا لتلاجه عقداً آخر عند الاختلاف فإن قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لأبل شرطت لي نصف الربح فإن القول للمضارب وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف فيكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب أن العذر المذكور كان مبنيًا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وهما قد وردا عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخرون ألف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات وارداً على محل واحد وهو ناطق فيكون القول مدعى الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وحده المثل د موعة قوله ويجوز التسام في الثياب السلم في الثياب جائز إذا بين الطول والعرض والرقعة يتناول رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وتخاته لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الأبريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه أيضاً لأن قيمته الحبر تختلف باختلاف الرزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لأن المسلم يشترط أن يري رقت حلول الأجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراداً من الثوب في الثياب فالوزن ليس بشرط * وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله اشتراط الوزن في الرزاري وهو يختلف بالنقل والخفة

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

قوله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية كالجواهر والآلي والرماني والبطيخ لا يجوز فيه السلم لأفضائه إلى النزاع وفي الذي لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآخر إذا اشتراط فيه ملبناً معروفاً لأنه إذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون سائطاً الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قوله** وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين * أحدهما أنه عكسها فقال وما لا تصبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بحيوان * والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً لأنهم تفرع الفروع عليها والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله عليه الصلوة والسلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم والحد بحد وح كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قوله كل ما ليس بإنسان ليس بناطق وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه وما في الفقه فالتصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدم ولا بأس بالسلم في طست أو مقمعة أو خفين أو بحوزلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم والأول خير فيه أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتفي **قوله** وإن أسع شيء من ذلك بغير حل جاز الاستصاع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا ونوره كذا أبكداً رهماً وبسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها ولا يسلم وهو لا يتسلم ما أن يكون خيماً أو تعالماً وإليه إشارة له شيئاً من ذلك أي ما تقدم من طست ومقمعة وخفين أو لا والماني لا يجوز قياساً واستحساناً كما سيجيء والأول يجوز استحساناً والله أسبق في عدم جواز البيع أو درهم قد نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب لداجل الميه
اشار بقوله بغير اجل * وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار
تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير تكبر والقياس يترك بمثله كدخول الحمام
ولا يشكل بالمزارة فانه فيها اللباس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح لان الخلاف
فيها كان ثابتا في الصد والاول دون الاستصناع واختلفوا في جواز هل هو بيع او عدة
والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشائخنا رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد رح
يقول هو مواعدة ينقذ العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار
وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز
فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عدة
او الخياط ان يخط له قميصا بكراس من عدة والمواعدة يجوز في الكل وثبوت الخيار لكل
منهما لا بدل على المراجعة الا يرى انهما اذا تعايرضا بعرض ولم يركل واحد منهما
ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون
بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كانه لاسي
للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة بعد النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت
موجودة بعد رجواز الصلوة لثلاث تضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل
موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعتقد عليه العين المستصنع
والمعتقد عليه هو الصنع اجاب بان المعتقد عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لان صنعتا ومن صنعت قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفى لقول ابي سعيد البردعي فان
بذل المعتقد عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العدل وعرض بانه لو كان
بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع ناصي خان رح
واجيب بان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبهها

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالا جارة قلنا يبطل بموت احدهما
ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينافيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب
تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان
في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محض اجيب بان الصبغ اصل
والصبغ آله فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجرو
ههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا وما لم يكن له وجود من حيث
وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا ينعين المستصنع الا باختيار
المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لعدة
وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعيينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز
عما قيل في كل منها على خلاف ذلك **قوله** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو
كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه
بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لعدة
وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرورة لانه لا يمكنه
تسليم المعقود عليه الا بضرره وهو قطع الصرم والتلاف الخيط وعن ابي يوسف رح
انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم
وغیره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا بضرر
ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل انه سرر محصل
برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواب ان يكون الرضاء على ظن ان المستصنع مجبور على التبرل
فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك بجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام
اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله ولم يجب على

(كتاب البيوع — * باب السلم *)

على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس
بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد
جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجدا اذا زوج الصغيرة بحرثم بلغت فان لها
خيار البلوغ فان سكنت لجهاتها بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام
ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني
الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له على الفياس
السالم من معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما
اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه يحكون سلما عند ابي حنيفة رح خلا فلهما
واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل
ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال
على ان تفرغ هذا غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره حينئذ للفرغ لا لتأخير المطالبة
بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال
فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار
سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافة ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره
ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل
وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل
وان كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف
مالا تعادل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يبي حنيفة رح انه دبن
يحتمل اسم وتقريره لان سلم ان الاعظم محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتال
واذا كان محتملا لا مريين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة
فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يرد به ان في فعل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين

(كتاب البيوع — مسائل منشورة *)

في تعاملهم الاستصناع شبهة ولأن السلم ثابت بآية المدائنة والسنة دون الاستصناع
مسائل منشورة

اي هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن ابوابها ولم تذكر ثم فاستدركت
بذكرها ههنا **قوله** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب
من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه
لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعابه حقيقة وشرعا فيكون مالا وما غير
المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب
عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباذه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف رح
ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عليه الصلوة والسلام
نهى عن امساكه وامر بقتله فلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية
او للزرع وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت
مهر البغي وثن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء
الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سورة
فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل
وجواز البيع با حرازة فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي
صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس
الماشية واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل
يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لا يبطال شمول المدعى
الذي هو مدعى الخصم وانما اثبات المدعى تثبت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله
بن عدي بن الحارث رضي الله عنهما انه قال تضى رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم
في كلب باربعين درهما من قيمته بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

الأثر من يونس عن ابن وهب عن جريح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبيد الله بن عمر رضي الله عنهم أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى * وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ملحق به دلالة ولا نه منتفع به حراسه واصطياده الف ونشرف كان مالا فيجوز بيعه واعتراض بوجهين * أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لأبعينه وذلك لا يدل على ماليتها عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال * والثاني أن شعور الخنزير ينتفع به الأساكفة وليس بمال واجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنافع الكلب يقع تبعا لمالك العين لا قصدا في المنفعة الأبدية أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يوكل لحمه وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فتثبت الحرمة في كل جزء وسطا تقوم والا باحة ضرورة الخنزير لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كباحة لحمه حاله المخصصة * وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في النجس والدم والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعتارب والزناير لأنه لا ينتفع بها قوله والحديث صحيح جواب عن استدلال الشافعي رح بأحدِيث المروني وتقديره ما روي عن إبراهيم أنه قال روي عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهى انتسخ فأنهم كانوا القوا ابتداء الكلاب وكانت تروني النيدان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بفنل الكلاب رجموا عن يمينها تقيتها للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص بعد ذلك في ثمن ما يكون منتقاه من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز أن يقال الحديث مسترک الا لزام لأنه قال ثمن الكلب والنس بالحقيقة لا يكون الا في المباحة فكيف يراد بها نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تدابركه في حاله الاختيار يجوز بالجملة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سام فحرم قوله ازل دون البيع كالسرقين

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

حدثنا علي ما سيجي ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير
للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعاً وثماناً وما يترتب على ذلك
في البيوع * واستدل بقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل
ثمنها قال محمد بن ح في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة رح قال حدثنا محمد بن قيس
ان رجلاً من ثقبى يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم
كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي يقال
رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لما
في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي
عليه الصلوة والسلام يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** واهل
الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد بن ح في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا
ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد
ولا نسيئة ولا الصراف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال
او يوزن اذا كان صنفاً واحداً وهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رح
على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ولا نهم مكلعون يعني بالمعاملات بالاتفاق فيحتاجون الى
ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى
ولا نحصل هذه الاشياء الا ببشارة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعاً
في حقهم كما في حق المسلمين الا في الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير
والسقاء في كونهما اموالاً مضمومة في اعتقادهم ونحن امرنا بان تركهم وما يعتقدون دل
على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعائله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني
انكم قد كنتم في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال لئلا اجل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

ذلك ولكن ولو اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجزي آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وبأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما اذ كره بناء على الاصل الماران الزيادة في الثمن والمنمن جميعا جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لفرقوا الشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا اورا يحتمل قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطها على الاجنبي كالمولى لكن لا بد من تسببه الزيادة لتحقق ائتماره صورة وان فاتت معني لم يخرج عن حيز التبرع فادال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يبال صار ذكر خمسمائة من الضامن رخصة على البيع بما فيه من المال والرسوة حرام لا يلتزم بالضمان واعتراض باوجه الزيل كمن يجب شيء من الدين عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني ان كان حسمائة من الدين عليه او على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق لانه ان كان الدين لا يتبرع به يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والتكرار الحائز في اصل المسئلة ينبغي عن هذه الاسئلة والتجارب مما ولا بأس بتكرار ذلك التحقق فان ورد السؤال اذا كان لغرض فهم اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك اننا قد بينا ان في قول الدين قدس سره ان ان يقابل بالمال جزء فجزء فجاز ان يكون بعض الدين خالصا ليقابله من البذل كما زبدية في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بل الزاد، فتكون الزيادة على المشتري ذائبة بل بدل

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه
لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري * فظهر الفرق بينه
وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابل به شيء من المال فلا يكون كالزيادة وح
لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته * وقع
في الكتاب والخمس مائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه * وقيل لاختلاف في امتناعه
وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً * وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي
ان لا يعتد اضافة الخمسة بل الجري المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة
قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى
زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح اوجود سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرتبة
على الكمال ومائمه مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون
عن تصرف يفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج
يكون فسخه لان الوطئ لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج
فليس اي مجرد التزويج قبضاً استحساناً وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف ررح
حتى ان هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى
لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يرد ها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار
قابضاً نصاً كالاعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفقاً العين وجه الاستحسان
ان في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضاً وليس كذلك
في الحكمي فلا يصير قابضاً بالاعتاق والتدبير تلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا ائبنت لئلا يورث
وهن ضرورته ان يصير قابضاً **قوله** ومن اشترى عبداً فغاب المشتري رجل اشترى متقلاً فغاب
المشتري قبل قبض المبيع وقد ضمن والمالب البائع من الفاضي يبيع العبد بثمنه لم ينفذ الى
ذلك حتى يتهم البينون فيما بينهم فاذا افامها فلا يخلوا ما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان

كتاب البيوع — * مسائل منشورة *

فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع
ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار
البائع فيظهر على الوجه الذي اقربه وقد اقربه مشغولا بحقه فيعتبر كذلك * وهذا لان العبد
في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقربه لغيره
كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا اقربه ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه
يقتضى الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذ اقامت فان المرتهن احق
بالرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء والمشتري اذ اقامت قبل قبض المبيع مفلسا
فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينه البائع لم تقبل لان حقه
لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات
على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه * الاول ان اقامة البينة على الغائب
لا يجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول * الثاني ان القول بجواز البيع
قول بجواز الصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه * الثالث ان ذلك يفضي
الى القضاء على الغائب بزيال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لافرق بين كونه مقبوضا
وغيره مقبوض فالنفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي
التهمة لا للقضاء وانما القاضي يتضي بموجب اقرار المقرب بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان * احدهما قول بعض المسائلي ان القاضي ينصب
من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان
المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيل عنه واجيب بان ذلك
حق البائع وقد يتسامح بتأخيرته * والثاني ان البيع ههنا غير مقصود ونقد الثمن مرد الطر
للبائع احياء الحق والبيع بحتمل ضده ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث
ما ذكرنا ان هذا ليس فعاء على النائب وانما هو قضاء على الماخر بالقرار بما في يده

(كتاب البيوع * — مسائل مشورة *)

وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحي ظهر الفرق
واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فال حاضر
لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نذره اجبر البائع على قبول نصيب
الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فلل حاضر
ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نذره عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف روح لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن
ويقبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحد من قبض الا نصيبه من الاية الاخير * واذا قبض
الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقد لاجله وايس له حق الحبس
على ذلك وكان متطوعا بما ادعى عن صاحبه لانه نضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبى عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولما انه مضطرب لانه لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لا اتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي
شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعاد شيئا رجلا ليرهنه فرهنته ثم افلس الراهن وهو
المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادعى وان كان ذلك قضاء دين الغير
بغير امره لا اضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان
التعجيل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حال حضور الشريك وغيبته فانه لا يتقدر
على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فاجواب ان الاضطرار في حاله حضوره مفقود
لا مكان ان يخصه الى الحاكم لانه نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من الثمن
فان كان حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا فغاب
احدهما قبل نقد الادارة صاحب الدار فله ان يملك الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع
الشرعية لا يفي نقد صاحبه من اجرة ان يمسك لاجر حبس الدار لاستيناء

(كتاب البيوع — * مسائل منشورة *)

لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام الترمذي في روح وادان ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجي **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية وقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثل الىهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الانتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المصنف روح بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالثبر فلا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيد محمد روح بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوماً من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولغافل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد **قوله** من اشترى رجل آخر عشرة دراهم جيا رجل له على رجل عشرة دراهم جيا فتضاه زيوف والابيض ابيضهم فاشترىها او هلكت فهو قضاء عندا يحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف روح يرد من زيوف ويرجع عليه بالبيع اذا ان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث المقدار فانقص عن كميته حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا انقص في كميته ولا يمكن رده بالبيع اذا ان حقه في الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المثل بلد بجنسه فوجب المتبر الى ما قلنا ولا يبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه دليل انه لم تجوز به عيماً لا تجوز الاستبدال كما صرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلاً فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا انها عند الملقاة

(كتاب البيوع — مسائل منشورة*)

بالبجنس هو ولا علة لعدم تصور الامكان ولا بايجاب صان الاصل لان المضمون حينئذ
هو الاصل والقرض انه من حيث الاصل مستوف فاجاب الضمان باعتبار ايجاب له
عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين * احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل
لنفسه لا يجوز اذا لم يقد وهدا يفيد نصا رككب المذكورين لانه يكون فانه مضمون على المولى
وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح * والله اعلم ان المقصود الأصلي هو احياء حق صاحبه
وجوب الضمان له عليه ضمني فلا يتبرر ايجاب من الاول ان العائدة ثمة انما
هي للقرضاء فتدبر السمع من غير خلاف فان قيل قد بين ان الوصف
تابع للايجوز ان يكون ذلك في نفسه او في غيره وان كان كذلك فماذا في قوله
في ارض رجل وامره دخل في ارضه او في ارض غيره او تكس فيها
ظلي وفي بعض النسخ تكسر به ظلي لا، مع سبب يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد
من اخذه بالحدث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج منه عن الصيدية كصيد انكسر وحله في ارض
انسان فانه لا يدخل فيه صاحب الارض بالنكس المسترو عنه في الاصل دخل في الكس
وهو موضع الظلي ومعنى تكسرا بكسر رحل، وقيد بذلك حتى لو كسرة احد نهولوا والبيض
في معنى الكس لا بدالة له ولا يجب اجزاء على المحرم بكسر او شيء ومولد وصاحب الارض
لم يدركه ذلك اسارة الى ان لو ادخلها ذلك بان حفرها لينع فيها او غيرها ذلك مما يصطاد به
كان له ما ان لم يوجد فهي كشيء نسيبت المساعف فيدخل بها صيدها لاخذ وكذا اذا دخل
الصيد او وقع من السرقة او الدار في باب ما لم يكن اي يضمه الى نفسه او كان
مسند اليه بخلافه ان جعل العمل في ارضه فان العمل لصاحبه لانه عين من
الارض التي من ارض ديار المسلمين جمع تزل وهي الزيادة من
وتعرف به ان لا يدارها برصة على وجه الفراء فصارنا بعاليها
والايات فيها وارباب تجمع بجران الماء بخلاف الصيد (كتاب الصنف)

*** کتاب الصرف ***

[illegible]

(كتاب الصرف)

الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام بدايد وقول
عمر رضي الله عنه وان استظرك ان يدخل بيته فلا تطره وهو في الدلالة على وجوب القبض
كما ترى وهو بالمنقول وهو انه لا بد من قبض احدى ارجاء العتد عن الكالي بالكالي وذلك
يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة وفي التحقيق الروايات قوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا
قبل منصوب بجواب الفبي وهو قوله ثم لا بد **قوله** ولان احدى ما د ليل آخر وتقريره
ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك
بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احد هاتين الاخر لا تطلق
ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام بالذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ بغية
قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه
كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعين وتقريره
ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثما خلقه فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في باب الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ
نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب
بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلقا ثما شبهة عدم التعين وتلك
الشبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبر دون الزل عنها اجيب بان عدم الجواز
في المضروب نسيئة بقوله عليه الصلوة والسلام بدايد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص
مضاف اليه لا الى العلة فيكون المحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق
ما يكون بالابدان حتى لو شيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما
لا بد من الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فنب معه ونصته
ما روي عن ابن جبانة فان سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا قد ارض
اسام ومعا الورق الثقال المافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة

(كتاب الصرف)

العشرة بنسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورتك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه
حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذ ايسر جواب ما سئل
عنه لا بأس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون
ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل وفيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين
يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس المال السلم وقوله
بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها
وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالامراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء
وهاء على وزن هاع بدعني خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابه **قوله** فان افرقا
في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افرقا قبل قبض
العوضين او احدهما بطل العقد لغوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض
شرط الصحة فان شرط السعي يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز
ما يشترط مقارن حاله العقد الا ان اشترط القبض مقارن حاله العقد من حيث الحقيقة
غير ممكن من غير تراخ لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلمنا الجواز
بقبض يوجد في المجلس لان مجلس العقد حكمه حاله العقد كما في الاجاب والقبول
فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالوجود وقت العقد كما ان يكون موجودا
وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى
فيه من النحل مع حصول المنصود بجماء شرط البقاء ولهذا اي ولان الاشتراق بلا قبض
مطل لا يصح شرط الخبر في الصرف ولا الاجل بان يقول اشترت هذه الدنانير بهذه
البراعم على اني بالخيار ولذا اقام او مال الى سهرلان بالخيار لا يبقى القبض مستحفا
لمعه المالك وبالاجل يعوت القبض المستحق والتدقيق بين العبارتين ان في الخيار

(كتاب الصرف)

يتأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي
القبض وذكرنا في الشيء منقوت له كذا قيل فكاندراجع الى ان في الاول استحقاق القبض
فأنت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فانت **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس
يعني منهما ان كان الخيار لهما او من له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرر
استحسانا خلافا لفرج وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما
فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل
لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق بعرف في شرح القدر ي لمختصر الكرخي
وقيد بسراط الخيار لان خيار العيب والرؤية يشبان في الصرف كما في سائر العقود الا ان
خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذا العقد لا ينسخ برده
وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة
قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه
لا يجوز فاذا باع دينار بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا ففسد البيع
في النوب لغوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله تعالى
واقية اس بقضي جواز كمان فلان الدرهم لا تتعين عينا كانت او دينا
فينصرف العقد الى مطلق الدرهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف
اذ ذاك سواء واما فالان الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة
والكامل السن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع ومائمه
سوى المبيع وليس احدهما اولي بكونه مبيعا فجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه ودنا
من وجه وان كانا اثنين خاتمة ودع لمبيع ديس القبض لا يجوز كما فعلنا في القايضة واعتبرا
كل واحد منهما من وجه واحد ومبيعا من وجه ضرورة انقاذ المبيع وان كان كل واحد منهما
حقة والانساء عدم الاول وبذلك ما دخله الباء اولي بالتمنية واجيب بان ذلك في الايمان

(كتاب الصرف)

الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت ديناً في الذمة
لا في الاثمان الخلقية **قوله** وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف
مبيعاً واجب ان يكون متعيناً فقال كونه مبيعاً لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق
وليس بمتعين وعرض بان كل واحد منهما لو كان مبيعاً لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد
وليس كذلك فانه لو باع ديناراً بدرهم وليس في ملكهما فاستقرضا في المجلس واقتراضا عن قبض
صح واجيب بان الدراهم والدنانير حاله العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرنا مثمناً بعد العقد
لضرورة العقد فيجعل مثمناً بعده ثماً قبله فلا يشترط وجوده قبله **قوله** ويجوز بيع الذهب
بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة
لكن القبض شرط لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو والمعقول
المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان
قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط
صحته لان الفضل ح وهووم وهووم في هذا الباب كالمحقق والنبي عليه الصلوة والسلام
لم يرد الممانثة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد الممانثة في علم العاقلين
ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلمنا في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد
فاسد فلا ينقلب جائز الكنههم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال
زفر راج اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو الممانثة
والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في عامهما **قوله** ومن باع
جارية قيمتها الف مثقال فضة الجديع سن التهود وغيرها في البيع لا يخرج التهود عن كونها
صير فاما ان بلها من النسي فان اداع جارية فبذمتها الف مثقال فضة وفي عقها طوف فصد نسيه
الف مثقال دالعي مثقال فضة وان من النسي الف مثقال ثم افتراقا دلي نسي النسي الغضة
لان قبض حصه الطوق في المجلس واجب حقا للشرع الكونه بدل الصرف وقبض ثمن

(كتاب الصرف)

الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان
بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلوتية وسهى ايضا ثم اتى بسجدة السهو وسلم
نصرف احدى سجدة السهو الى الصلوتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا
لو اشترها بالفى منقال الفانسيئة والغانقد فالقصد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا الوبا ع سيفا
محملى بمائة دراهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز
البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح
بذكرهما فكذلك لان الاتيين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقريئة الحال وان قال عن ثمن الحلية
خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم اولا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية لان الترجيع بالا استحقيق عند المساواة في العقد والاضافة
ولامساواة بعد تصريح قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا
بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان لا يتخلص الا بضر فكذلك
لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افرادة بالبيع كالجذع في السقف وان كان
يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن اخراجه بالبيع فصا ركا لطوق
والجارية **قوله** وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعنى النمن ازيد مما فيه اى المبيع تعميم
للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والنمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه
لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الأخر وهى اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزيادة في مقابله
المير فلا ينفى الى الربوا والناني ان يكون وزن المفردة مثل المضممة وهو غير جائز
لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون

(کتاب الصرف)

تكون المفردة اقل وهو واضح والرابع ان لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لفررح فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان ما لا يدري يجوز في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والافسد فتعد جهة الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردي رح بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهم الا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما تلحق الشبهة فيه بالحقيقة **قوله** ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشترك في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تغريق الصفقة وذلك فاسدان تغريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وهنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة **قوله** ولو استحق بعض الاناء اي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقادها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لاعن قبض **قوله** ومن باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها خذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعض لا يضره بخلاف الاناء **قوله** ومن باع درهمين ودنيارا بدرهم ودنيارين جاز رجل باع درهمين ودنيارا بدرهم ودنيارين جاز البيوع وجعل

(كتاب الصرف)

كل جنس بخلافه وفل زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكري حنطة بكري شعير وكري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء النبله تصححاً للعقد خلافاً لهما فلا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن فضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على النعنين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلباً اي سواراً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعها مرا بحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى النوب وكذا اذا اشترى عبداً بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد السن بالف وخمساً ثم لا يجوز في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبدة وعبدة غيرة فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبدة وكذا اذا باع درهما وثوباً بدرهم وثوب فافترقا من غير قصد فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى النوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان فضيلة هذه المبادلة الانقسام على الشيوع دون النعنين فالنعنين تغيير والتغيير لا يجوز ولما ان المبادلة المطلقة تحتل منه بله العرد والعرد فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مراداً * اما ان جائز الارادة فلان كل طائفة تحتل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كرشحطة بكريها فسد لان الكرشحط الكرو وفي الآخر * واما وجوب ان يكون مراداً فلانه طريقه متعين لتصحيم العقد فوجب سلوكه واتم مع تعينه لذلك بما كان ان يكون درهم من الدرهمين بنصف درهم والآخر درهمين بنصف دينار من الديار بن والديار بن بنقابلة الديار الآخر فلهذا اذا باع الدار بن من الطريق الا يصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فبهذا من ثم تغييرات كثيرة وما هو ابل تغييراً متعين والجواب عن قولنا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف

(كتاب الصرف)

وصف التصرف او اصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجب
الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باقي على حاله لم يتغير وصار هذا كما
اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحبا لتصرفه وان كان
في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت
الملك في النصف باقيا * ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها * اما الاولى اعني مسئلة المراجعة
فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون
مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو
ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير
للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا
صرحاً بذكر المراجعة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق
في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت
هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى
المسكرو الممكرو ليس بمحل للبيع والمعين صده والشيء لا يتناول صده واما في الاخيرة فان العقد
قد انعقد صححاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلاهما في الابتداء يعني ان الصرف
الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح **قوله** ومن باع احد عشر
درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المنقذمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية
وفي هذه احد هما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بنيلها والدينار بدرهم لان شرط
الصرف التمايل لما روي بان الحديث المسهور وهو موجود ظاهراً اذا الظاهر من حال
البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملاً على الصلاح وهو الاودام على العقد الجائر
دون العا **قوله** ولو تباعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئاً معد بخمسة عشر درهما
فاما ان يكون ماله قيمة اولاً والاول اما ان يبلغ بقية الغصة او لا فان كان مما لا قيمة له

(كتاب الصرف)

كالتراب مثلاً لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كتوب يساوي خمسة جازبلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة * والكراهة امالانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة * وامالانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلته الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطاح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقتلان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب وفضة زائدة ليست بظاهرة **قوله** ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا ولاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه عشرة دينارا بعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالعي بالكالعي ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان قبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلولا قبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا لا ربوا في دين يستط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبة وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يصف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا ولا فان كان الثاني لم تقع المقاصة

(كتاب الصرف)

المقاصة ما لم يتقاص بالاجماع وان كان الاول جاز و وقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه
قال زفر رح لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عوضا
ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب
قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عليه الصلوة والسلام يد ابيد والدين ليس بهذه الصفة
فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف
واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدمنا على المقاصة بتراضيهما
لا بدئنا من تصحيح ولا صحة لهما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول
والإضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لو لا ذلك كان استبدال الاي بدل الصرف
وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد
فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاول وهو نظير ما اذا تبايعا بالف
ثم بالف وخمسائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين
لومنع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء
يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي
وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد
لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدين على البائع بحكم الاقال لان لا قاله الصرف حكم الصرف
والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف رح بقوله وفي الاضافة الى الدين يعنى المعهود يقع المقاصة
بنفس العقد على ما نبهه وعن الثاني بان المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا
عقد الصرف صارا كأنهما عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة
ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رح
حيث لم يقل بالاقتضاء ثم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك
المصنف رح الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه

(كتاب الصرف)

قال رسول الله عليه الصلوة والسلام اني اكرمي ابلا بالبيع الى مكة بالدرهم
وأخذ مكا نهاد نائيرا وقال بالعكس فقال عليه الصلوة والسلام لا بأس بذلك اذا
افترتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما
كانا يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر رح
وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار
باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان
وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف رح في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية
ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي
عليه الصلوة والسلام جوز المقاصة في دين سابق لحدث ابن عمر رضي الله عنهما
ووجه الاصح ان قصد هما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت
تحويل العقد فيكون الدين ح سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال
الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة
بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحس ذلك بالاثرو يقوي هذا الوجه
ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة
اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان
الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي
عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن
عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينها وبين الدين المقارن
وهذا اوضح **قوله** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المفضة التي
في القطعة منها قيراطا وطسوج او حبة فيرد هابت المال لا لزيافتها بل لكونها تطعا ويأخذها
اتجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود مقتضي وانتهاء

(كتاب الصرف)

وانتفاء المانع أما الأول فلصدورة عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلان المانع ان تصورهما فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا يخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه يتقت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الذهب والفضة ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجباد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الامساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري فالبيع فاسد * وان كان اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فصة وصفر **قوله** ولكنه صرف جواب عما ية ال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يكن صرفا فلا يكون التفاضل شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف الجنس ضرورة صحة العقد والنايت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا او شرط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصغر لانه لا يتميز عنه الا بضرره وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رح ومشائخنا رحمهم الله يريد به علماء ما وراء النهر لم يفنوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والخطارفة اي الدراهم الخطر بفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد * وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلما بيع التفاضل فيه اي لو اتي با باحتد ندرجوا الى الفضة والذهب بالقياس * ثم المعتبر في المعاملات بهما المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن

(كتاب الصرف)

وان كانت تروج بالعد فهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوفا عليهما ثم هي مادامت تروج تكون اثما لا تتعين بالتعيين فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله وان اكانت لا تروج فهي سلع تتعين بالتعيين كالرصاص والستوة فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلم او لم يعلم احدهما او علموا لكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليهما معاملات الناس دون المسار اليه وان كانت يتباها البعض من البعض فهي ككازبوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزبوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجوار اعدم الرضاء منه بالزبوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند البيهقيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف رح قيمتها يوم البيع وعند محمد رح آخر ما تعامل الناس بها والمصنف رح فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد اوفى البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الزواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه يحصرها لكا ويبقى البيع بلائمن واما اذا كانت لا تروج في هذه البلاد وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء فال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وماذا كرفى العيون يستقيم على قول محمد رح واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بقاء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلاس عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعدر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الكساد

(كتاب الصبر)

الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف رح وجبت القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد رح قيمة يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولا يحنف رح ان النمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل النمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو متدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة النمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة النمنية وصفة النمنية في الغلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هدا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هلاكاً من كل وجه نلم ببطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك النمنية على وجه لا يرجي الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله فانه ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع اصلاً * وان كان مقبوضاً فان كان فائماً وجب رده بعينه * وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثلياً وجب رد مثله * وان كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ابدى الناس كذلك واليه اشار المصنف رح بقوله وعند محمد رح يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلبت بازدياد القيمة اربعة اضعاف القيمة بالرخص فلا يعتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع ^{قوله} ويجوز البيع بالغلوس البيع بالغلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم ندره ووصفه وانما نال كذلك اشارة الى وجوب بيان المعدر والوفى او الاشارة اليه ثم انها امان يكون نافذة او كسدة حالة العقد

(كتاب الصرف)

فإن كان الأول جاز البيع وأن لم يعين لأنها اثنان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينسخ العقد وإن كان الثاني فلا بد لجواز البيع بهما من التعيين لأنها سلع وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عندا ببحينة ربح بطل البيع خلافاً لهما ذال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخاف لما في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا السنة وذكروا نقل الكتب المدكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ما قيل فيه إذا شترى شيئاً بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر ربح لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو باق العبد وكما لو أسلم في الرطب فانقطع آوانه وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر ربح يمنع لأنه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسداً ههما يفضي إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى فقهى يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك **قوله** ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت إذا استقرض فلوساً فكسدت يجب عليه رد من لها عندا ببحينة ربح لأنه أي استقرض المئلي اعاره كما أن اعارته قرض وموجب استقراض المئلي رد عينه معنى وبالظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضاً والادفَاع به إنما يكون بالتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لأنه لو لم يجعل كذلك لزم بهادله الشيء بجنسه نسبيته وهو لا يجوز وأن قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف النسبية وإنما كان بمعنى العين أن لورد مثله حال كونه نافقاً أجاب المصنف ربح أن النسبية فضل في أي في القرض إذا القرض لا يختص بدائي بمعنى النسبية وعناه

(كتاب الصرف)

ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز ان يتفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الا يرى ان الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون او عدد ذي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها مادام ممكنا وعندها تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردّها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف ربح يوم القبض وعند محمد ربح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف ربح تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد ربح يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد ربح انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة ربح يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف ربح تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد ربح انظر للحائنين وقول ابي يوسف ربح ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشترت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نفرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بد انق فلوس وهو سدس درهم او بقيراط فلوس جاز وقال زفر ربح لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يعني عن بيان العدد فيبقى النمن مجهولا وهو مانع عن الجواز ولنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الداروس معلوما من حيث العقد فكان مغني عن ذكر العدد واذا

(كتاب الصرف)

زاد على الدرهم جوزة ابو يوسف رح بناء على كونه معلوماً وفصل محمد رح بين مادون
الدرهم وما فوقه فجوز في مادون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما
دون الدرهم فكان معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والا صح
قول ابي يوسف رح لاسيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوماً ولا اشتراك العرف
قوله ومن اعطى صيرنيادهما هذه ثلث مسائل * الاولى ان يعطي درهما كبيراً ويقول
اعطني بنصفه فلوساً ونصفه نصفاً اي درهما صغيراً وزنه نصف درهم كبيراً الاحبة جاز البيع
في الفلوس وبطل فيما بقي عدده لا بدقائل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز
وتأين النصف بنصف الاحبة وهو ربح ولا يتجاوز وعلى ياس قول ابي حنيفة رح بطل
في الدل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجعاً عليه فيشبع كما اذا جدد بين حروعه
وباعهما صفقة واحدة وعبرة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رح * والثانية
ان يكرر لنظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع
لانهما عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبداً
وبنصفها دنانير من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق
الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليماني والشيخ الامام
شيخ الاسلام رحمه الله ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كررنا نظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قواه
اعاني مسابقة وبكرارها لا ينكر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا يعتد بالبيع فان قال
بعني قال يجب لا يعتد البيع ما لم يزل الآخرا شربت واذا كان لا يعتد بذكر المساومة
فكيف يكرر بذكرها * قيل والارل هو الصحيح وهو اختيار المصنف رح * والثالثة ان يقول
اعطني نصف درهمين في بنص النسخ يلدوا بدلا عن نصف ونصفنا الاحبة جاز والعرق
منه من ان يكرر لنظ نصف بل دابل الدرهم بمبايعة من الفلوس بنصف
درهم ونصف درهم الاحبة فيكون في درهم الاحبة بمثلد الباقي براء الفلوس قال

(كتاب الكفالة)

قال المصنف رحمه الله في أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الاحبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

* كتاب الكفالة *

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالباً ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فماسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفأها زكريا اي ضمها الي نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلاً لها وضاماً لمصلحتها * وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس والدين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجي ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه ح لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدينين وما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم الدينين قوله الكفالة ضربان الكفال لضر بان كفالة بالنس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال السافعي رحمه الله لا يجوز لانه كمال بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا ينقل له ليسلمه ولانه لا تدرة له على نفس المكفول به شرعاً ما اذا كان بغير امره فظاهر وما اذا كان بامرره لان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولا تدرة اي ادال من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه واوله عليه الميراث والسلام الزعيم غارم اي الكفيل ضامن * ووجه

(كتاب الكفالة)

الاستدلال انه بالحلاقة يفيد مشروعية الكفالة بنوعها لا يقال هو مشترك الا لزام لانه عليه السلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم على شيء ينبي عن لزوم ما يضروه وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قاله الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه * وتقريره ان لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه وقوله اذا تدرى له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخالي بينه وبينه ويستعين باعوان انقاصي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دلياله **قوله** والحاجة ما سئ استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ما سئ فلم يبق القول بعدم الجواز الاتعتا وعناد **قوله** وتعتقد اذا نال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الاعاظم المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص ببعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق البدن لا تنجزى مكان ذكر بعضها شاعا كذكر كلهما كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا نال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا يعتقد اذا نال ضمنته لانه تصرف بدوجب عقد الكفالة وكذا اذا قل على لانه تبغض الا لزام وكذا اذا قال قال النبي لانه في هذا المقام قال عليه الصلوة والسلام من ترك ما افلورته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل هو اليتيم والعيال من يعوله اي يتفق عليه ويجوز ان يكون عيالا فليكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال ابزعيه لان الزعامة هي

(كتاب الكفالة)

هي الكفالة وقد روي فيها أو قبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفة لانه التزام المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف ررح وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فلما ان يكون لعجز او مع قدرة * فان كان الثاني حبسه الحاكم * وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه اولا * فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقيق امتناعه عن ايفاء الحق * وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافق على ذلك اولا * فان كان الاول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال * وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالتقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له * وان لم يكن ذلك معروفا منه فالتقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزمه المطالب البنداء * وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوعدة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في مريض كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا لما ثبت بالبينة بالثبت مع اينة قوله وان احضره وسلمه في مكان اذا حضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان بقدر المكفول لان يشاعره في ذلك ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المتصور بالكفيل بنفسه هو الحاكم عند القاضي فذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود ببرئ الكفيل لانه التزم النسيان الامرة واحدة وحصل ذاك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود

(كتاب الكفالة)

وهو القدرة على المحاكمة * وقال شمس الأئمة السرخسي المتأخرون من مشائخنا رحمهم الله قالوا هذان بناء على عاداتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرء بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر والمعونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرء لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة * وكذا اذا اسلم في سواد لعدم فاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر آخر غير امصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وبعد ذلك لا يبرء لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود * والجواب ان شهوده كما يبرء هم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرء وهذا الان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او يأخذ منه كفيلا وقد حصل * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة رح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله عليه الصلاة والسلام لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يبرغمون الى الرشوة وعامل كل مصره متقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر آخر * ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيدا التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ * وان كان غيره لم يبرء لانه لم يقد رعاى المحاكمة فيه * وذكر في الوقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فام يقد ران ياتي به الكفيل لايحبس الكفيل لانه عاجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر رعاى الاتيان به **قوله** واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس بقاء الكفيل والمكفول به * ومما يبين اوصاف احدهما مستطابها * اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عاجز

(كتاب الكفالة)

عجز عن احضاره ولا ندسقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل * واما اذا مات
الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فايودي الدين من ماله
اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول
له لا اصاله وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال
ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فلو وصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت
قوله ومن كفل بنفسه آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفت اليك فانا بريء فدفعه اليه
فهو بريء لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم وقده وجد والتخصيص على الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كسبوت المالك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكسب
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موحده وكذا في سائر الموجبات ونال
في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف
الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صرحا وليس بشي لان
الدلائل في ان البراءة تحصل بدون التخصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه
ابو ابيات رح في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي للاشبهة لان تسليم النفس يحتاج اليه
وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم استوف حقي من المطلوب
لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر السكرار اذا وجد
التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الديون لان الكفيل تبرأ نفسه بايفاء
عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توفى لربما امتنع عن ذلك ايفاء لحق نفسه

(كتاب الكفالة)

فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة
اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برأ الكفيل وصار كتسليم
الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصوصة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل
اذا طوب به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة
فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة
الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا
فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصوصة اي لان المكفول به مطالب بالخصوصة
فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه
عن الكفيل ليبرأ به لان ثمة جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل
عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
لقبائهما مقامه كتسليمه **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو اوف فلم يحضره في الوقت المذكور
ضمن المال ووافاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يقله لم يلزم الكفيل شيء
عند عدم الموافاة على قول محمد ربح خلافا لهما وبقوله وهو اوف وهو غير مفيد لانه اذا قال
فعلي مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول بدلا تمنع صحة الكفالة لابتنائها
على التوسع ولهذا القول كفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك
صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس او لا ثم الحكم
في هذه المسئلة شيئا * احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي ربح * والناني عدم بطلان
الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول
قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا ظاهر لتصرحه
بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط

(كتاب الكفالة)

شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بالمال بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق
ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قول لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه *
وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء
او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها
وكيف يبطلها وتدين له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له
وهو مدفوع وعرض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البديل
ينا في المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما
مشروع للتوثق كما مر كالـ كفالة بالنفس بعدهن لها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما
اذا كان واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح * وقال الشافعي رح هذه الكفالة
اي المتعلقة بالشرط لا تصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعلق سبب وجوب المال
في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب اننا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقاً ومن وجه
والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
من حيث الالتزام * فاشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها * وشبه النذر يقتضي
جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح
ونحوه ويصح بشرط متعارف عملاً بهما والتعليق بعدم الموافقة متعارف فان الناس تعارفوا
تعلق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس ورجبتهم في ذاك اكثر من رجبتهم في مجرد
الكفالة بالنفس ^{قوله} ومن كفل بعس رجل ومن كفل بنفسه وقال ان ام او اف به
غدا تعالى المال ان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة وهذه
مسئلة الجاهل الصغير فهمي وان وافقت مسئلة العدوري المذكورة فان في كل منهما

(کتاب الکفالة)

وجوب المال بعد المواناة بالشرط لئلا يكفها عدمها بها بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكره
 بيا نال عدم التفرقة بين عدم المواناة بالموت وبين رد ونفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس
 اذا سقطت وجب ان يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتركيب لئلا يكون لها اليست
 مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يازر المال وقد سقطت اذا استتبت الاولى بالبراء
 فوجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى ستلت باذوت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ
 بموت المكفول بدو الا نزم ان يتكون ما فرضه ناكيد المبرم مقصورا بالذات وذلك
 خلف باطل اجاب الاءم انه الذي في قوله ان البراءة لا تخرج الكفيل من الكفالة
 لم يوضع له فبالبراءة تنسخ الكفالة من كل وجه وبالموت تنسخها من وجه الى المطالبة
 بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بهذا التكفل لان المستحق به
 تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن صل هذا التسليم بالضرورة الى القول
 بانفسا خها في حق الكفالة بالمال لان عدم المواناة مع العجز عن تسليم النفس متحقق
 هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة المأكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو ناكيد
 كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع طائلا للترام منه غيره مدفوع وقد التزم
 حيث يتيقن باحتيال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء لما منه ان بالموت تنسخ
 الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها لئلا يدعي عليه خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف
 فلا يمين في اضرار غيره قوله ومن ادعى على آخره تديارا ومن ادعى على آخره ائنة
 ديارونية بالنيابة اجيدة اوردت هذيتاوه صرحتا ولم بينهما حتى تكفل بنفسا رجل ما به ان
 لم يواف به غدا فعليه المائدة فطلد ولم يواف به غدا فعليه المائدة بعد المحبة راي وسف رح
 آخر اوفال مستمدرح ان لم بينهما حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة المائدة وصفه بصفة
 لا تدعي دواء فلا يدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك بوجهين * احدهما
 ان التكفل بالاراء كماله ما لا ملا من النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد

(كتاب الكفالة)

قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافقة بالمدعى عليه غد أفلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها احتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة لترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي المنصور الماتريدي رح وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بين المال وبينه صرح المصنف رح والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبتني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلى المائة فنصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه السكتة في مقابلة السكتة الاولى لمحمد رح وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريبه ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاري في غير مجلس القضاء فعالحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بسن التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابداء المائة التي ردها وبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد والقصاص اذا اطلب منه كفيل بنفسه بان حضرة في مجلس القضاء لا يثبت ما يدعي المدعى عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رح وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجوار الى الكفالة منسبا الى ابو يوسف ومحمد رح بحمد الله يجبر في حد الرد لان فيه حق العبد فاجبر عليه كما في سائر حقوقه وفي الخصاص لانه حد المدعي لان المطلب فيه حق العبد على الخلع ما رغب ان الخصاص

(كتاب الكفالة)

مشتدل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبر هنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب دارة واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب دارة ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها ما قبل اقامتها فلا ن احد الم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا الم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التوديل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولا بيمينته رح قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة في حده من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله تعالى قيل هذا من كلام شريح رضي الله عنه لا من كلام النبي عليه الصلوة والسلام ذكره الخفاف في ادب القاضي عن شريح وقال صدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عليه السلام ولان مبنى الحدود والقصاص على الدر فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تدرك بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التميز فانه محض حق العبد يستط باسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهاد ذو بحاف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للمطالب من غير جبر عليه في التقصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه دايه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو اضم والتحق الام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين **قوله** ولا يحبس فيها حتى

(كتاب الكفالة)

حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما
اي في حد القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي
يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى
لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد
شطريها وقد روي ان رسول الله عليه الصلوة والسلام حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس
في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان
الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذ اثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع
عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود
والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته بالحجة للتهمة
ولفائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء
ثابت بقوله عليه الصلوة والسلام ادروا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفى
الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب عنه بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام
الحاكم ايضا بالتهام فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهام حرام لا فضاء
الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبس
الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدالتهم والاتقاء عن امثاله مأمور به
فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد فعلا للتهمة عن الحاكم
والحبس من النبي عليه الصلوة والسلام في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن
عليه السلام ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء هذا والله اعلم
بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
صدهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جازان يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقبل

(كتاب الكفالة)

معنى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة **قوله** والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورده هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى ان يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي ديناً مطالباً به مطلقاً والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقاً يعني في الحيوة والمهمات احترازاً عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقاً لكفالة استطرده بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحيوة والمهمات تصح الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكن الاستيفاء لكونه توثيقاً للجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف رحمة الله عليه لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك **قوله** ومن اخذ من رجل كفلاً بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلاً جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمة الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوباً باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد بردة لرجوعه الى الرام من له الطالب على الطالب وهو حنف باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثيق وبالباية يزاد التوثيق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجواز وجود المانع منتبهاً فالتوثيق باصنافه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لا اذا انما صحته ما يزداد التوثيق فلو برأ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضنا زيادة لم يكن زيادة هذا

(كتاب الكفالة)

هذا خلف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قوله** واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه او بما يدرك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان ديننا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة **قوله** وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالتنمين في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة اي شجرة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان كانت لمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيدنا خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجرة بألة جارحة فانها توجب التقصص والكفالة بها لا تصح ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به ديننا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذا الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على استعاذه من ذمة الابلاية وبذل الكتاب بدليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بحريته ونسبه وقيل لان المراءى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به **قوله** والمكفول له بالخيار المكفول له من برئ الى طالب الذي عليه الاصل اي الدين ويسمى الدين اصلا لان المطالبة دينية، بله فان مطالبة الدين به

(كتاب الكفالة)

غير متصور فكانت المطالبة فرعاً وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأولى لا البراءة عنها إلا إذا شرطت فيه البراءة فيصير حوالة
اعتباراً للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة فعلى هذا أنه ان يطالبهما
جميعاً جملة ومتعاقباً بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحداً الغاصبين أي الغاصب
وغاصب الغاصب فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر لأن اختياره
أحدهما يتضمن التملك إذا قضى القاضي بذلك فلا يتم كمن من التملك من الثاني أما
المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التملك **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة
بشروط ملائم مثل أن يكون شرط الوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لا مكان
الاستيفاء منلاً أن يقول إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب
عن البلدة أو إذا مات ولم يدع شيئاً أو أن حل مالك عليه ولم يوافق به فعلي ولا يجوز
بشرط مجرد عن الملائمة كقوله أن هبت الريح أو جاء المطر وتيد بكون زيد مكفولاً عنه
لأنه إذا كان اجنبياً كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ومن جاء
به حملٌ بغير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة
بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام وشريعة
من قبلنا شريعة لنا إذا نصّها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين أحدهما
ما قال بعض الشافعية أن هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأت به لا لبيان الكفالة
فهو كقول من أبق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما يكون
إذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشمل
على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الأول أن الزعيم حقيقة في الكفالة
والعمل بها مهما أمكن واجب فكان معاً والله أعلم أن يقول المنادي للغير أن الملك
بقول من جاء به حمل بغير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامناً عن الملك لا عن نفسه

(كتاب الكفالة)

نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له
واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر
فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له
فان الاولى لا تمنع الجواز اصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقاً فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها
قال الله تعالى حُمِّلَ بَعِيرٌ وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقاً والثانية انما
تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يا بى القياس جوازها
على ما يأتي وانما جوزت استحساناً للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوماً
فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقاً لان الكفالة في حق الطالب
بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق
حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلاً واذا كان بمنزلة البيع
في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا
هو الموعود بقوله على ما يأتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلاً اي كما لا يصح
تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيئ المطر كذا لا يصح جعلهما اجلاً للكفالة وفي كلامه
من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفاً على قوله فاما لا يصح
فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلو اما ان يكون فاعل يصح هو "تعليق او
الكفالة" ان لم يذكرنا لنا والاول لا يجوز ان لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق انما جعل
كل واحد منهما اجلاً والثاني كذلك لقوله بوجه الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل
لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط

(كتاب الكفالة)

وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشروط المحض
وهو اهل المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفى جواز الكفالة
المعلقة بهما والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه لا يقال نفى الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة ولا
ينتفى الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذا التعليق يخرج العلة عن العلية
كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد
تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر
وهو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا
وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشروط الاجل مجازا بقريئة قوله ويجب المال حالا
وتقديره لان الكفالة لما صح تعليقها بالاجل متعارف لم يطل بالاجل الخامس كالاتفاق
والعناق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بمالك
عليه فقامت البينة بالى عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالتبنت معاينة ولو عاين ما عليه
وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم تقم بينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان القول قوله لانه
مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشي مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل
لقول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كما مدعى
عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به
لم يصدق على كفيلا لانه اقرار على العبر ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه اولايته
عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في غير ما عديرت
الصحة حيث ينددون على المتراء حال المرض **قوله** ويجوز الكفالة بامر المكفول
عنا وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره
سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه الصلوة والسلام الرعي

(كتاب الكفالة)

الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامرة او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لاحالة والمطلوب ان تضرر فانهما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فما لم يامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة بنوعها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازها واجب ثم ان كفلا بامرة رجع بما ادى الى عليه لانه قضى دين غيره بامرة ومن قضى دين غيره بامرة رجع عليه ولا يستقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على العبيد وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادعني زكوة مالي او اطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامرة ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفلا بغير امرة لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رح الكفيل اذا ادى رجع سواء كفلا بامرة او بغير امرة لان الطالب بالاستيناء ملك المال من الكفيل او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا كفلا بامرة فبنفس الكفالة كما يجب المال الطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالة بغير امرة **قوله** رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها عتبه اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فلهي نوعين * احدهما ان يكون ادى ماضن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ماضن * والثاني ان يكون ادى خلاف ماضن كما ادى زيرا فبدل ماضن من الجياد وتجوز له ذلك

(كتاب الكفالة)

أوبالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى قال المصنف رح لأنه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل
منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهوان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة
المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل
الميراث وهوان بموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
مقام الطالب وفيه بحث من وجهين * احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين
من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين * والثاني ان
في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن
فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد ادائه .
ما أدى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير
من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح
لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخبره من الكفالة ووكله
بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني
ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذ لم يكن هناك ضرورة فاما اذا كانت فجوز
ان يجعل في الدين وهما قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعه الدلك ومن ضرورة
ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عاين لا ما على خبره وامكن ذلك
لان له ولادته على الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك متى تصرفهما
وهذا برشدك الى الفرق بين اداء الدين وهبته له في ان الاداء لا يرد في الهبة
ترتبه فان الاداء اسنط محض كالعاق والطلاق فكذلك في حيز المطالبة
وذلك موجود لا يرد بالرد والهبة لما كانت تسقط الديانة والتسليم
وذلك في غير من عاينه الدين غير متصور فمستلحا ان ينادى الدين بالصحة التاميك و

(کتاب الکفالة)

والتملك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل
وعن الثاني بان التشبه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطالب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وناس
ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين
وادي المحتمل عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحتمل عليه يرجع على المحيل بما ضمن
لابا ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب **قوله** لما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به
حوالة كفاية المنتهي **قوله** بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقديره الكفيل
لا يرجع الا اذا ادى بما مر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور
يرجع بما ادى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له
على الامر شيء حيث لم يلتزم بالكفاية فلا يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزبوف
عن الجباد وتحول له ذلك رجع بهادون الجباد لان الاداء المأمور به لم يوجد وان عكس
فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزبوف بل في حق الجباد او على هذا فقوله رجع بما ادى
باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالح
على اقل من الدين كما اذا صالح عن الا على خمسة ادوية فيرجع بما ادى لادب ما من
لانه اسقاط فتان ابراء فيما وراء بدل الصالح وفيه لا يرجع الدليل على المكفول عنه
على ما ذكره * والثاني ان يصالح على جنس آخر وفيه تملك الدين فيرجع بما ضمن
وسايتي **قوله** وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له
ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يودي عنه لان الموحب الدية وادبها بك ودو
لابما كنه من الاداء وانتفى الموحب بخلاف الوكيل بالسراة حيث يرجع بهال الاداء
لان الموحب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما أي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمة

(كتاب الكفالة)

ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل
لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة **قوله** فان لوزم
بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلزم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين
في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس
كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بانه و قال الشافعي رحمه الله ليس لذلك لانه لا يتعلق له حق
على الاصيل قبل الاداء **قوله** وهو ورطته فله ان يخلصه وانما ابرأ الطالب المكفول عنه واستوفى
دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل و ابرأ الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة
بوجود الدين وقد سقط بالبراءة فامد ببق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل
لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله
في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل
على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لا يوجب براءة الكفيل
فان ذلك بالاجماع ويعال بان الكفالة لا تكون الا في ما هو مضمون على الاصيل
وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او البراءة فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان
على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل فلوهم براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة
الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل فلما لا تنقض في ذلك فان قلنا ان براءة الاصيل
توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي
انذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب
الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه
لا بوجوب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطالب او بدون الكفيل
جائزا لا يبرئ انه لو مات المكفول ما سقط الدين عن الاصيل وان اخرا الطالب عن الاصيل

(كتاب الكفالة)

عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان
التاخير ابراء مؤقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا الاعتبار مع عدم
التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بل يثبت ابراء وتسقط عنه
المطالبة ولورد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب
ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لا تنتفى الاعتبار نعم يحتاج
الى ذكر فارق عند من يقول بجواز بين قبول احدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكره
ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تدليك فيه حيث لم يكن عليه
الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كما سقاط الخيارات وما لا يبرأ الموقت
فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد **قوله** بخلاف

ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لاحق له الا الدين
حال وجود الكفالة فصار الاجل دافيا فيه يجوز ان يكون جواب دخل تقديره لانسلم ان التاخير
عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا
الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير
لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حقا للطالب سوى الدين
لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تعيين تاخيرها واذا كان تاخيرا لاصل الدين
وهو في ذمة الاصيل تاخير عنه وعن الكفيل جميعا واما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة
فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين **قوله**
وان صالح الكفيل رب المال مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه
على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءة تهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل
خاصة او لم يشترط شيء من ذلك * ففي الاول والثاني برئ جميعا * وفي الثالث برأ الكفيل
عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه

(كتاب الكفالة)

من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره * وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئاً جميعاً عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيرا الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا التقدير بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا استا طاً لاصل الدين فياخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصلحته اية بخلاف الجنس تدليك لاصل الدين مند بالمبادرة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تدايك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدين بديل من الدين ويكون تدليك الدين ممن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صلح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ ان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له ما لا ذكره هنا ثلث مسائل يتعلق بالبراءة * احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاءها الى الطالب * والثاني ان يذكر ابتداءها من الطالب * والثالث بالتمسك بالاولى ان يقول لكفيل ضمن له بامره ما لا قد برئت الى من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل ما ذكرنا ان البراءة التي تكون ابتداءها من المطلوب اي الكفيل وانتهاءها الى الطالب لا تكون الا بالايعاء فكان بمنزلة ان يقول دعتني الى المال وفيه منكم وهو اقرار بالتبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا

(كتاب الكفالة)

ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والناية ان يقول ابرأتك وفيها الرجوع
للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه
اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط لا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق
واما الثالثة وهوان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رح هو مثل
ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالناية ادناه ما فيثبت
قوله فلا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول
البراءة باي الامرين كان وشكنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل
وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل ان يقول برئت
الي لانه اقرب براءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك
انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن
فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب وبخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان
لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة
وقيل ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فآخرة وهو
اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا
يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا لاستدلال على الوجه المذكور
واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر
مما ذكر ان العمل به ممكن والناية ان حكم المجمل التوقف قبل ابيان وجهه وقد اتفقوا
على العمل في الوجه الاول والناية بالانبات والنفى فكيف يكون مجتمعا مع انباء
لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل رتب
الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت
الي لان ابرأتك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكره في تعليل الوجه الدل

(كتاب الكفالة)

استدلالي لا صريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز كالعمل بالنص فلما
امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في
دلالة على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو الذي سوغ استعمال لفظ المجمل
والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة
فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد
المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالخطب اذن يهون هونا **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء
من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات
والتعليق انما يصح في الاستقاط المحض ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا
فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة
بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض
كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل
بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاستقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين
ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرط محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء
غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه
تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة
المقولة من الايضاح فان للطالب فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثل ذلك متعامل
الا يرى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على اني ابرأتك من الباقي كان
صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما
اذا كان الشرط شرط محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله **قوله** وكل حق
لا يمكن استيفاؤه من الكفيل اذ تصح الكفالة به ذكر ضابطه لما لا تصح الكفالة ومعنى قوله لا

(كتاب الكفالة)

لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او جز الرقبة ليس بمنتهى لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر ان الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعود الى الجناية وان كان الثاني فقد حصل المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود * واما في القصاص فالاول منتف قطع لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والناني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يروا احدا من اهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك ح تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع **قوله** اذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بخلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولى الى ما هو امانة لانضمين كالوديعة والمسنعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون لغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رح نعلم ان هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بل لانه عين مضمون بغيره وهو ائتمن ولاد المرهون لانه مضمون بدين ولاد الدين بعتة والمسنعار والمستأجر لانها امانة ويجوز في المبيع بيعا فاسدا او المقبوض على سوم الشراء

(كتاب الكفالة)

والمغضوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر * ومنع الشافعي رح الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان * ولنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمونة بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة * وان كان الثاني اعنى الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استثناء المرتهن الدين جاز * وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او ببدله متى قضى الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين * فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن وكفيل لم يصح من الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فلا شيء لان عين الرهن ان كان بقدر الدين او زاد عليه والزيادة عليه من مالته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غيره واحب المسلم كالدود ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسييم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كدال لا يحزر بعينها وان كان واجب التسييم كائسا حرفة تم الجيم اذا ضمن رجل بتسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعمل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صححت الكفالة والكفيل صير خد بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الدليل شيء لان الاحارة

(كتاب الكفالة)

الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المصنف رح ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازها واظنه تابع شمس الاثمة في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطل * قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رح في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الاثمة ليس ممن لم يطالع على الجامع بل لعله قد اطالع على رواية اقوى من ذلك فاخترها **قوله** لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلنا **قوله** ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر ابلا معينة للحمل فكفل رجل بتسليمها صحت لما تقدم آنفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قاد ر عليه بالحمل على دابة بنفسه وان استاجرها للحمل فكفل بالحمل لم تصح قال المصنف رح لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة غيره ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير توسع صحته في صحت الايمان مطابقا كما ذهب اليه الشافعي رح واستدل به على عدم جوازها في الايمان مطابقة لما ذكر في الابضاح جوابا للشافعي رح وهو قوله تسليم التزمه متصور في الايمان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور وذلك غير افع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة وكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبد ابعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال اخرا يجوز اذا اجاز حين ما يلزمه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قبل اي نسخ كانه المبسوط وفيه بطلان لان نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها

(كتاب الكفالة)

دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف ر ح
يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر
وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وعلى هذا الخلاف
ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف ر ح في وجه الرواية التي لم يشترط
الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر
فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاماً فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار
يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العباد لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه
رواية التوقف على الاجازة ما ذكرناه في الغضوي في الكاح وهو ان يجعل كلام الواحد
كالعقد النام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع
عدم الضرر لجواز رفع الامر الى فاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو
مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب
ولهما ان في عقد الكفالة معنى التملك لان فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يتم
بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى
هذا الوقيل عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شرطه **قوله** الا في مسألة واحدة
هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما
الا في مسألة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان
الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض ولا استحسان
وجهان * احدهما ان يقال اذا قال المريض لو ارثته تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال
ارث عني ديني وذلك وصية في الحقيقة وهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم
ان جهة المكفول له ليست الكفالة وهذا قال المسائني رحمه الله انما تصح هذه الكفالة
اذا كان له مال عند الموت تصح ما عني الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في

(كتاب الكفالة)

في المجلس شرطاً قيل في كلام المصنف رح تسامح لانه في معنى الوصية لانه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهرة على معنى واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر ولا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتعريض ذاته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط فهذا اجاب المصنف بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا بشرط القبول لانه يريد بد التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نذرا الى ظاهر حاله التي هو عليها فصار كالامر بالكاح كقول الرجل لا امرأة زوجني نفسك فقلت زوجت وان ذلك بمنزلة توليها زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يشترط القبول بل على سقراط في هذه الصورة وهو انه اسب الاستثناء وتمتليه بالامر بالكاح بدل على قيام لغير واحد مقامهما وبوزان يكون مسكين في هذه الحالة ^{فقال} وقال المريض ذاك لاجنبي اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى بعد ان اقول المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمذهبهم من لم يصح ذلك لان الاجنبي غير طالب بقضاء دينه لا في الحبو ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او اعاره لم يصح بدون قبول المكفول له فكذلك المريض ومذهبهم من صححه لان المريض قصد به الظاهر والاجنبي اذا رضي به بدمية يرجع في تركه فصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتبقيق الحال عليه بدفع الدين كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح ^{في} انما الى القياس انما على انه بطريق الرخصة

(كتاب الكفالة)

كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك من المريض
للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها **قوله** واذا مات الرجل وعليه ديون
اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا
لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالاهي صحيحة وهي قول الائمة الثلاثة لهما
ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة
بالاتفاق وانما تلتزم كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دنيا صحيحا هو المفروض وثبوته
اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة ولا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة
واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب
لا ينتفي الا ببراء من له الحق او باداء من عليه الحق او بفسخ سبب الوجوب والمفروض
عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته
في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح تبرعه ولو برئ المفلس بالموت عن الدين
لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل اوله مال فان الدين باق بالاتفاق
فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لومات
مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بدوته مفلسا
لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العدة بهلاك الثمن
ومما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولا يحنيفة رحمه الله ان الدين
ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضى القدرة وانما تكون بنفسه
او بخلفه وقد انتفت بالتغا لهما فانتهى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة
ان المقصود والتأنيذ الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب
يقال دين واجب كقولنا الصلوة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال
فان قلت لزم قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك به

(كتاب الكفالة)

بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للماصور به فان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المصنف رح بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الابتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المال فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صاحبة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة رح بطريق المعارضة ولما خرجته الى سبيل الممانعة بان يقول لانسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احدى في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادةها في ما هو نظيرة فيما سيأتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه ادوة وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري قوله ما سألنا في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا اكتسبت فان المالك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل اوله مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر وبخلفه واذا كان به كفيل اوله مال فان انتفى القادر فخلته وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باقي وقوله او الافضاء على ما هو السماع ووليد اكثر النسخ تنزل وكأنه

(كتاب الكهالة)

قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالأفضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف
 ما اذا اعدموا ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشرو ونفديرة فخلعه وهو الكفيل او الأفضاء
 اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه
 او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا انضاء على وجه الذليل لقوله فخلعه
 وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلعه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله * شعر *
 نحن بما عندنا وانت بما * عندك راض والرأي مختلف * وهو ما ذكره احد من الكفيل والمال
 خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق لان الخلف به بحمل كذا بنا من الزيل عند عدمه
 وهما كذلك فكنا خلفين وفيه ما يرى من الساف مع الصية عند الزيل من استدلال النعم
 باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يحصل بين الحي والميت وبه اروي ان
 النبي عليه السلام اتي بجنارة انصاري اصله - له - فقال دليد السلام نهل علي صاحبكم
 دين فقالوا نعم درهمان اودياران فامتنع من الصلوة عليه وقال صلوا علي صاحبكم فقام
 علي او ابوقتا دة رضي الله عنه على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله
 فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم تصيح الكهالة عن الميت الملبس ما صلوا عليه بعد هذا
 كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب انبي حنيفه رحمه الله عليه عن ذلك - لتجواب ان قوله
 الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كميل الميت الملبس مل هو زعيم
 اذ لا واحد من الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من عاي واي تارة نهي الله عما
 افرار ابكنا له سابق فان انظر الاقرار والانساء سواء فيها ولا عدم لمحاية الحال ويحتمل
 ان يكون وعدا بالتبرع * ونحن نقول بجواره بدليل ما روي انه دليد السلام كان زيل
 لعلي ما فعل الدياران حتى قال بوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جادته
 وامامه - له - عود كان كماند لا جبره على ذلك والحق ان من قال بان الله اعلم
 الى ما ذكره القول بطلان الكهالة عن الميت الملبس اعدم ما يضم اليه وجا حدة - له -

(كتاب الكفالة)

متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة قوله ومن كفل
عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامرء بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف
قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلوا ما ان قضاة على وجه الاقتضاء
بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان بأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي
فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب
فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع والله باعتبار الدراهم
لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فماله بطل هذا الاحتمال
باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز
الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعيافي نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها
الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة بعد الحول
فمادام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره * وان كان
الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك
باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لا يملكه لانه تمحض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه
على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لانه ملكه حين قبضه والربح
الحاصل من ملكه طيب له لا محالة * وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين امان حصل
من الكفيل او من الاصيل * فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين
قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا * وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول
حنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين
دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين
الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه
الى ما بعد الاداء وانهذا الواخذ الكفيل من الاصيل رهبا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ

(كتاب الكفالة)

رهنابدين مؤجل ولو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه
يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا
ذكرة الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً
والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة
الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة
مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة
الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة
الدين المؤجل ولهذا اي لكونه بازلا منزله لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه صح
وكذا اذا اخذ رهنًا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض السارحين وجعل ضمير عاينه
للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل
على الاصيل من المطالبة مثل ما يوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه
من التحمل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتسلطه ما قبض بمجرد ماله
من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة
ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول
عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وح لا منافاة بينه
وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالسببة الى الطالب ليس
على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه عمل دين الطالب
فلان في ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات دين وهو طالب له حالين
للتطالب على الاصيل وهو طالب له فقط على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة ودين وهو طالب له للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة مناخرة الى وقت الاداء
فيكون دين الكفيل مؤجلاً ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم وان قبل فمأ

(كتاب الكفالة)

فما معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل فلنا معناه فينزل هذا الدين المؤجل منزلة الدين المؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا اذا استسج لي والله اعلم الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الافتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة رحمه الله نبيه في مسألة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع المالك فيما لا يتعين وقد قررنا في البيوع في آخر فصل احكام البيع العاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا* واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان* اصله المودع اذا تصرف في الدفعة وربح فيه فانه على الاختلاف **قوله** ولو كانت الكفالة بكر حنطة ما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككرم حنطة قبضها الكفيل من الاصيل فلان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما يباين ملكه قال ابو حنيفة رحمه الله واحب الي ان برده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب الرد عليه ذلك في الحكم وهذه رواية الجاهع الصغير عن ابي حنيفة وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يصدق له ولا برده على الاصيل وانه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له وبصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي به انه ومن ربح في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع المالك لاحد الوجهين* اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تذيير ان يقضي الكرم نفسه وان كان كذلك كان الربح اصلا في ملك متردد بين ان يقرأ ان لا يقرأ واصل ذلك ملك باصر واعدت المالك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث* واما لانه رصي بد اي يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قصانه فاذا قضاه الاصيل بعينه لم يكن راضيا به

(كتاب الكفالة)

فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكرلانه مما يتعين والخبث سبيله التصديق فيتصدق به ووجه رواية الجا مع الصغيران الخبث لحقه اي الحق الذي قضاة فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند البيعينة ومحمد رحمه الله لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف ربح يطيب **قوله** ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف ربح بان يستقرض من تاجر عشرة فيا بى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشرة مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعته المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل عنه خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع فهو عليه لا على الاصيل ويسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض من الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والالكان المراجعة مكروهة قيل اما مبرة الاقراض فلقوله عليه السلام الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر واما مذموم البخل فلقوله عليه السلام البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة والسخي قريب من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد من النيران وانما لزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على

(كتاب الكفالة)

على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لا خرب متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعته
وخسران يصيبك فانا ضامن بذلك فانه غير صحيح * واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين
يعني اشترلي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير
غير متعين اي غير معلوم المقدار والتمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمأمور به
هو مقداره فكيف يكون التمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل
في التمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة
على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهوان يجعل
المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب
بائني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته
فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان بعشرة درهم فيكون مكروها لما حصل غرضه في الربو
بطريق المواضعة فرار عن القرض المندوب * واما توسط ثالث احترازا عن شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد التمن * ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربو
وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين وابتعتم اذئاب البقر
ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها العينة قوله ومن كفّل عن رجل
بما ذاب له عليه رجل كفّل عن رجل بما ذاب له عليه او بما يغني له عليه فعاب
المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم
لم تغلب بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحته الدعوى ودعواه هذه
غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به امام المدعي به على الاصيل
لدلالة ما قضى بصراحة عبارته ودلالته ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب
تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا تطابق بينهما واما المدعي بقضيه به

(كتاب الكفالة)

بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطل الله بكاك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة
 معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لئلا تتعلق بعلم البلاغة
 غير مطابق لدعواه لا إطلاقها وتقييد المكفول به حتى قبل ان من ادعى على الكفيل
 ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة
 قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ * والشاهد ان زهوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به
 مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي العايش ان يكون قبل عقد الكفالة
 او بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف رح ما يدل على ذلك
 اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضى ولم يدعه
 او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى
 صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة على ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه
 بامر قاضي به على الحاضر والف ثب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امر قاضي به على
 الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المصنف رح منها اثنين * احدهما ان البينة
 قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضى به
 او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لا بتأثيرها على
 دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر * ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدق فقال قد كنت
 لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال
 وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شيء ابلغت اليه والاخر الفرق
 بين الكفالة باعرو بينهما بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكأن الواجب
 عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خداعا من الاصيل بين ان يكون بامر او بغيره
 ووجد ذلك ما ذكره بقوله لا يفسد بيران ان المدعى بامر او بغيره ابتداء ومخالوفة انتهاء
 وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء في اما كان كذلك فهما غير ان لا محالذ وان ا

(كتاب الكفالة)

واذا ثبت ذلك فبد عواه احدهما لا يقضي له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا يرى انه لو ادعى المالك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو المالك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر بيينة ثبت امره بحجة كاملة والا مر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البيينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لاتمس جانب الغائب ان لم يثبت من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشأن ان صحة الكفالة بغير امر يعتمد صحتها في الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان علي فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين مانحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفيل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسروا قائم علي ذلك بيته وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره * ووجهه ان الحاضر انما يتصب خصما عن الغائب ان لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر الا باثبات ما يدعى على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لم يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فمما كانه قال ان كان لك علي فلان مال فانا كفيل فاثبتته المدعي وسيأتي تمام ذلك في الكفالة بامر يجوز ان يكون بغير آخر بين ما اذا اقام البيينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره وان الداعي بالبيينة كالمثبت في المال لو ثبتت الكفالة بامره عيانا رجوع الدليل بما ادعى على الاصيل نكاحا اذا ثبتت في ذلك فخرج لا يكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمعلوم الاية في السير ... انما ضي عليه صار مكذبا في عا فبطل ما زعمه كمن

(كتاب الكفالة)

اشترى شيئاً وقربان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
بالبينة على البائع بالنمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رحمه الله
في من اشترى عبداً فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يردّه على بائعه
لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رح حيث لم يبطل زعمه مع
ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يردّه
على بائعه لان قوله لا عيب به نفى للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذب في قيام العيب
عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني
فاfterنا قوله ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع داراً وكفل عنه رجل
بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي
تصدق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلوادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري
لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع اولا فان كان الاول وهو شرط
ملائم للعقد اذا الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول
الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته
وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفعياً بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته
من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالا فالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها
سعي في نقض ما تم من جهة الطالب * على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضی الخصم
والا فالة ليست كذلك فهي فسخ لانقض * وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع
وترغب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق
فيكفل تسكيناً للقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادرك
دركاً فاضاً من وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك
وانما قال نزل منزله الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى قوله ولو شهد وختم وأشهد الشاهد على

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة ولا هي اقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشائخنا راجح ما ذكر ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدى * واما اذا كتب فيه ما يوجب صحة ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ *

* فصل في الضمان *

ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد وما كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتعارف في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به ففسد وكل رجلا يبيع ثوب ففعل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بجهة الاصاله في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حائثاً وكذا المضارب وإذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضامناً لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولأن المال أمانة في يد الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا خاضعين فما فرضناه أمياً لم يكن أميناً وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييراً للحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في المبيعة وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريباً تماماً فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فإنهما لو ضمنا المودعة والعارية للمستعير والمودع لم يجز ذلك وإنما قل ان يقول الوكالة بأنفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمنوا فاما إذا ضمنا فيكون ذلك رفعاً للأمانة إلى الضمان وتحولاً من حكم شرعي إلى حكم شرعي فصاركما إذا باع بالف ثم باع بالف وخمسائة والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة كيلا يخلف المعلوم عن علته وبطلانها إنما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة هي بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن يصح على وجه يبطل به أصلها بخلاف مسئلة البيع فإن الثاني ليس فرعاً للاول وكذلك إذا باع رجلان عبداً صفقوا واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لأنه ان صح فإن كان بحصته من الثمن شائعاً ضمناً لنفسه وقد تقدم فساد وان صح في نصيبه مفرزاً أدى إلى قسمته الدين فكل قبضه وذلك لا يجوز لأن القسمة أفرز ذلك أما ان يكون حسناً ويوصف ممبروكاً لهما في الذمة من الدين غير متصور * وذكر في الفوائد الظهيرية في تعاليله لأن ما يستحق بنصيب أحدهما بالآخر أن يشاركه فيه إذا كان له الأبدليل أن أحدهما لو اشتري بنفسه منه شيئاً كان للآخر ولاية المشاركة وأصح الضمان فيما يؤديه النص من يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنفسه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع .

(كتاب الكفالة — فصل في الضمان *)

وبصيركانه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصفه الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشائخنا أن في تجويز هذا الضمان ابتداءً بطلاله انتهاءً * فقلنا بطلانه ابتداءً ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان أما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً * وقوله ولا وجه إلى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضاً انعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل لما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقداره ما وقع فيه الرجوع إنما يصح لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو ممنوع بل من حيث أنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعاً يجاب عنه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثاله اعتبار أن اعتبار نصيب شائع في كل جزء من أجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض أفراده لا تعاق له في الباقي من الأفراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا أيضاً انعقاد الإجماع إلى آخره ويجاب عنه بأنه إنما لم يلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه بخلاف ما إذا باعاصفتين بأن سمى كل واحد منهما ممالعه ثم ضمن أحدهما للآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمه لأنها تكون باتحاد الصدقة والغرض خلافه واستوضح بقوله الأبري أن المشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نفذ أمن حصته وأن كان قبل الكل ولو اتحدت الصفتة لم يكن له ذلك قوله ومن ضمن عن آخر خراج ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

جائز * اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج * قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يتسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكوة وذكر المصنف رح فرقا آخر بقوله وهو بخلاف الزكوة لانها مجرد فعل اذا الواجب فيها تملك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آتاه ولهدا لا تؤدي بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد براد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول كدري الانهار المستركة واجرا الحارس للمحلة وما ووظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم واجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والى الثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلما كالقبح فمما خلافا للمسائخ * قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا * وقال بعضهم بصح وممن يميل اليه الامام البرزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها * قال فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها دبون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا فلان من قام بتوزيع هذه النوائب على المساهمين بالتسقط بالمعادلة كان ما جورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولا هذا اطلاقا من قضي نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الامة هذا اذا امره بالا عن اكره اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

قوله وقسمته فقد ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطاً لأن القسمته مصدر والمصدر فعل والفعل غير مضمون وأجيب بأن القسمته قد يجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمته بينهم والمراد النصيب * وكان الفقيه أبو جعفر الهندواني يقول معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمته من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمته جاز ذلك لأن القسمته واجبة عليه * وقال بعضهم معناها إذا اقتسمائهم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت أن القسمته بالتاء تجيء بمعنى القسم بلاتاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا ذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير أو حصته منها أي من النوائب يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كربي النهر المشترك فاصاب واحد شيء من ذلك فيجب اداءه وكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من كان عدو الله وملائكته ورسله وجبرئيل وميكائيل فاشار المصنف إلى أن الرواية بأو على تقدير أن يكون القسمته حصته من النوائب لأن القسمته إذا كانت حصته منها فهو محل أو ما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل أو ما مر * وقيل هي النوائب الموطنة للراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل ومن قال بهذا القول الاسم فخر الاسم لأنهم والتمس ما دناه يعني جوار الكفالة في ما كان بحق بالاتفاق واختلاف المسائل في ما كان بغير حق **قوله** ومن قال لا خير لك علي مائة إلى شهر ومن قال لا خير لك علي مائة إلى شهر فقال المقوله هي حاله فالقول قول المدعي لكونها حالة وإن قال صممت لك عن فلان مائة إلى شهر وقول المقوله هي حالة فالتقول قول الصام من وروي عن أبي يوسف روح وبراheim بن يوسف روح أن القول فيهما للمقوله وقال السانعي روح القول فيهما للمقر * لأنه أن الدين نوعان حال ومؤجل فإذا أقر بالمؤجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتباراً بالكفالة وأجيب

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولا يبي يوسف رح انهما تصادفا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين * واجيب بما اجيب به الشافعي رح * ووجه الفرق بينهما ان المقر اقر بالدين مد عيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقر به اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مد عيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه ودعوى الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق * وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصنف رح ذكر الفرق الاول اقنا عيا جديا لدفع الخصم في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما نذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود في ما نحن فيه فلا منافضة **قوله** ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن لا يقطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون بهذه المنابئة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المنلعات مال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالمناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا القصص ما يتصور في الدقة من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

في الكفالة ذاتيا كان اقرار ابنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن
والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابويوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني
والعكس هو المشهور من مذهبهما * فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد
منهما * ومنهم من حمّله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قوله** ومن اشترى
جاريه وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري
الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق
ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق
للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا
فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذالم ينتقض لم يجب
الثمن على الاصيل واذالم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قاله
على ظاهر الرواية احترازا عما قل ابو يوسف رح في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل
ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك
تجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري
حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف رح بقوله بخلاف القضاء
بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء
وموضعه وانزل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد رح
فانه افترج كتاب الزيادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به
ابويوسف رح فان محمد رح اخذ ما املى ابو يوسف رح بابا بابا وجعله اصلا وزاد
عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف رح
وزياداته من تصنيف محمد رح ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء
ابي يوسف رح في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد رح تبركا به ثم رتبها

(كتاب الكفالة — * فصل في الضمان *)

الزعراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **قوله** ومن اشترى عبدا فضمن
 له رجل بالعهد فالتصان باطل ذكرهنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه
 باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص
 وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لا شراك وقع في استعمالها
 فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس
 بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها مأخوذة من العهد
 والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك
 وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث
 عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار
 مبهما فتعذر العدل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله
في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به * واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو
عبارة عن تخلص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقديره هو التزام ما لا يقدر
على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعد المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والالتزام
ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحاً للضمان وهو تسليم
المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ
الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة و ابا يوسف
رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فيما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه
اورد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا واما اذا انضم
اليه رد الثمن فيوجاز ردك وعلى هذا انقي كلام المصنف رح نظر لان الواجب عند العجز
عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن سبجاز افشيرة امره
وهذا رد بلا عدل التركيب باستعمال المجاز في ما لا يلتبس فضلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

كلام المصنف رح و ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف ايضا في العهدة ثابت * و ذكر في الفوائد الظهيرية و اما ضمان العهدة فقد ذكر هنا في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا * و ذكر بعض مشائخنا رح ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة ضمن الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف رح فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير و ذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

* باب كفالة الرجلين *

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وصغا لينا سبب الوضع الطبع **قوله** اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالتندين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادنى احد هما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف الآخر كفيل فادى الى تمام النصف كان عبدا عليه بحق الاصاله صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المقود ثلث النصف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصاله اقوى لانه ثلث وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهي تابعة للدين لا بتائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارض بل يتوجه الدين عليها وينصرف المصروف اليها الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا عارضة ان لم يكن عليه فيها بمنزلة الا انه شيء فانقضى المعارضة لانتهاء احد الارضين في النصف كان انتفاؤه الكون احدهما رجحا لا لانتهائه **قوله** ولا بد من اقرار على ذلك او دية تيماس المتلف فانه جعل نقيض المدعى

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

وهو الرجوع على صاحبه مستلزما لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه
قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه
ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء
نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت اديته عني بامري
فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسك كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت
علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو
ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك فعلى تقدير ادائي كذلك والشريك
الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فبجعلنا المؤدى
عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه
لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا اكل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة اكل واحد منهما
مطالبة له على الاصيل واخري على الكفيل وصح الكفالة عن الاصيل لان موجب
الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل
وكما صح حواله المحال عليه بما انتزم عليه آخرو هو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
نكل شيء اياه احدهما رجوعى به بك دفعه . ايلا كان المؤدى او كبر الان ما دى احدهما
ودع شائعة عنهما ان اكل كذا فانه يرجع لبعض على البعض
في النصف اجمعة بعد ضرورة المعارضة بينهما من الكفالة واداربع ارجح على سبعة بسمه
و يؤدي الى الدور ان نصيبه الاستواء وقد حصل الرجوع احدهما بنصف ما ادى
ولا يبعد عن الرجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جديع المال

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى
 عن الكفالة يؤدى الى الدور كما تقدم * وانما قال فى الصحيح ليتأتى الغرور المبنية
 على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنيابته
 ولولم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لالهما
 وقال وان شاء يعنى من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه
 بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل
 وقال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة
 الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكماله على ما بينا من قوله ان تكون
 الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا ياخذ به وهو ظاهر **قوله** واذا افرق المتعاوضان
 فلا صحاب الدين ان يأخذوا ايتهما شاء والجميع الدين اذا افرق المتعاوضان وعليهما دين
 فلا صحاب الدين ان يأخذوا ايتهما شاء والجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه
 بشئ حتى يرد المؤدى على النصف فيرجع بالزاد لانها تعتقد على الكفالة بما كان
 من ضمان النجارة ووح كان لغرواء ان يطالبوا ايتهما شاء والجميع الدين لان الكفالة تثبت
 بعقد المفاضة قبل الافتراق ولا يبطل بالافتراق فاذا طأوا احدهما واخذوا الدين منه
 ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدى اكثر من العدة بامره من ارجع من كفالة
 الرجاس **قوله** واذا اكتب العبدان كتابا واحدة واذا اكتب العبدان كتابا واحدة بان
 قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كذا عن صاحبه صح ذلك
 استحسانا وانما لا يخلو لانه شرط به كفالة المكاتب والكفالة على كفايته وكل واحد منهما
 على انفراد باطل من الاجماع والى ان يكون باطلا لانه بطلان كتاب
 فلان الكفالة تبرع والى ان يكتب به المكاتب باطلا لان الكفالة تبرع والى ان يكتب به المكاتب
 تفصيديا صح ووردى المكاتب ليس كذلك ويرجى الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما

(كتاب الكفالة — * باب كفالة الرجلين *)

اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه اي باء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر فكذا وان يجعل كل واحد منهما كغيلة بالف عن صاحبه كما سذكورة في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلف الكتابان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحهما بهذا الطريق اذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهما لاسنوائيهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البذل مضموما على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل فيما اداه احد من ارجع بنصفه على صاحبه لاسنوائيهما ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولم يؤد ياشيئا حتى اعتق المولى احد مناصح المولى لمصادقة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ماضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقتيهما حتى يكون موزعا متقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى في غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقتيهما فلهذا يتنصف وعرض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يؤد على النصف لئلا يلزم الدور كما مروا جيب بان الرجوع بنصف ما ادى انسا هو للحرز من تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ باءا عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليه ان يؤد باجديعا وبعثة جميعا فكان في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فلو تعنا المؤدى عن عتقهما جميعا وانتفى ان نصف على الآخر والمولى ان يخذل ايدهما شاء اما المعتق فيما كان له من حصة الاصل فيل اخذ الماعق بالكفالة تصحيح المكفالة ببذل الكفالة وهي باطنه راجع بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذاك بقي

(كتاب الكفالة — * باب كفالة العبد وعنه *)

فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق النبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لان ادى عن نفسه

* باب كفالة العبد وعنه *

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تدعيم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قوله** ومن ضمن عن عبدا ما لا يجب عليه فولد لا يجب عليه صفة لما لا وجوب المسئلة قوله فهو حال * وعدل عن عبارة محمد ربح في الجامع الصغير وهي قوله عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في العبد الذي يستهلك المال لذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حال ولا غير حال الى عبارة في الكتاب لان عبارة محمد ربح يحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى * وقيل بعضهم مراده العبد المحجور عليه الباع اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ به في الحال بل بعد العتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهم الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبدا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حال ولا غير فلا يحتاج الى شيء لانه اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او اذعه وهو محجور او وطئ امرأته شهية بخير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤخذ بذلك في الحال * اما صفة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدرا لتسليمه لا كتميل فيصح كفا في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى او المملوك * واما كونها حالا لان المال على العبد المتكفل عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع من المطالبة وشوائع مودة اذ جميع ما في يد مالك المولى ولم يرض بتعلق الدين وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه عبود مرفيع يجب العمل بالمقتضي فصارت كالكفالة عن غائب بصريح ويؤخذ ..

(كتاب الكفالة — * باب كفالة العبد وعنه *)

الكفيل حالاً وأن عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال وأن كان في حق الاصيل متأخراً الى الميسرة فان قيل اذالم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضاً الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمة تأخر عن الاصيل بمؤخر اى امر يوجب التأخير وهو التأجيل لا يمنع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه مؤجلاً اذ ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذلك الكفيل لقيامه مقامه **قوله** من ادى على عبيد مالاً الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً او عبداً فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حراً وذكروا هذه تمييذاً للذي بعد ها وليبان الفرق بينهما فان ادى رقة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن رد ها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذلك في حق الكفيل بخلاف الاول اى الضمان الاول لان محل ما التزمه هو العبد وقد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذلك عن كنيته * وانما قيد باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليدين حيث يتضمن بقية العبد اذ ثبت على المدعي عليه والا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما افترقه الاصيل **قوله** واذا انقل العبد عن مولاه باذنه اذ اكمل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا * فان كان الاول لم يصح كسائه بحق الغرماء وان كان باذن المولى * وان كان الثاني صححت اذا كانت بامره لان مولاه ان يجعله باذن المولى بالرهن والاتجار بالدين * واذا اكمل المولى عن

(كتاب الكفالة — * باب كفالة العبد وغنه *)

عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا كان العبد او غير مديون
فاذا صحت الكفالة وادى العبد بما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده
لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر ربح يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة
بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد
لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب
على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تتقلب موجبة ابد اكن كذل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشي
من ذلك وبوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين
فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه
مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب
دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق اكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون
مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حرا وعبد وانما قال
بمال الكتابة دون بدل الكتابة لئتنا ون البذل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا
غير بدل الكتابة ما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر بثبوته مع الماني وهو الرق فان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى
لا يستوجب على عبده شيء من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكَاتِبُوهُمْ اِنْ عَلِمْتُمْ
فِيهِمْ خَيْرًا و كل ما ثبت مع الماني كان غير مستقرا ي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق صحة الكفالة لاقتصائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر
جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم تبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزا ولعلنا قلناه ولانه
دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم

(كتاب الحوالة)

صحح الكفالة ببذل الكتابة * وتقريره ان الكفالة به ان صححت فلا يخلو ما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يستط بتعجيز الكفيل نفسه كما يستط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما * اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك * واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقة للمعنى الضم ونفيا للزيادة على المستلزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل ووجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا اوزبغا على الاصيل كان على الكفيل كذلك، والمطلق غير متحد مع المقيد فأولاه مصادره مطلقا لم الزام الزيادة دأى ما الزم وهو غير جائز * واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه وتفسخ الكتابة سقوط بدليها لا بسأئه عليها اذ لو لاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبذل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة رح لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع الما في ما ان احكام المستسمى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا بتحقيق فكان كالحرامدين

* كتاب الحوالة *

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولو اذ اجاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احدهما للآخر من عند ذكرا الاخرى لكنه احراز الحوالة لا بها تنصدين براءة الاصيل والبراءة تفعلوا الكفالة بكدا ما بينه وبين الحوالة في اللغة هو انفل وحرونها كيف ما تركبت دأرت على معنى افعال الزوال في باب طراح التفهاء تحويل الدين من دمة الاصيل الى دمة الممثل الى دمة سبيل التوثيق واما شرطه في الدوام والكرام وكذا حكمها وانواعها في كتابه في جندة الادبون الحوالة حائزة بالدين من الاعيان اما الجواز ببذل عبده النفل والنفل اما الارل فسار وروى ابرداود

(كتاب الحوالة)

ابوداؤد في السنن وقال حدثنا القعيني عن مالك عن ابى الزناد عن الاعرج عن ابى هريرة رضى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظم واذا اتبع احدكم على ملي فليشبع *
وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناد الى ابى هريرة رضى حديث
ابى هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احبل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع
والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأمورا من الشارع فدل على جوازها * واما الثاني
فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها
بالديون فلانها تنبى عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لافى العين وتقرير الحوالة
تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محمول شرعي وهو الدين لانه وصف
شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه *
واما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس
يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قوله** وتصح برضا المحيل
والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه وهو اى الدين
ينتقل في الحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم
واما رضى المحتال عليه فهو شرط عندنا * وقال الشافعي رح ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط
وبه قال مالك واحمد رح لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو ادع عبد افاند لا يشترط
رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل بالاستيفاء واما اذا
لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع * فلما انه الزام الدين ولا لزوم بدون
الاتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون الاتزام لان الحكم اظهر
للاتزام لا الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعال بان ذوى المروات
قد يأنقون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة
تصح بدون رضاه لان الاتزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل

(كتاب الحوالة)

لا يتضرر به بل فيه نفع لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قبل وعلى هذا يكون
بائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري
ن يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها يحكون اسقاطا لمطالبة
المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاة والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداءً وها
من المحيل وقد تكون من المحال عليه * والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية الندوري * والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات * وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب
الى الائمة الدالة بناء على ان ابناء السقي حقه فلا ايقاوة من حيث شاء من غير قسره
بتممين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ايس على ما ينبغي قوله واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين * وقوله بالقبول متعلق
بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاء من رضا شرط فيها على ما تقدم * وقوله من الدين
اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشائخنا رحمهم الله * فان منهم من ذهب الى انها
توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا * ومنهم من ذهب الى انها توجب
براءتها عن المطالبة ومنشاء ذلك ذكر محمد بن حاكم ما تدل على ان الدين فيه ما يدل على الاول
ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأ من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته
وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه
صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل منه * وما يدل
على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يترد بالرد كما براءة الكفيل ولو انتقل
صل الدين الى المحال عليه وجب ان يترد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل
في الذمة وان ابرأه يكون تمايك الدين ممن عليه الدين والتمايك يترد بالرد * ومنها

(كتاب الحوالة)

ومنها ان المحيل اذا نقد ما للمحتال بجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله * فالواو الاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله * وقيل الاول قول ابي يوسف رح والناني قول محمد رح * والعائدة تظهر في الراهن اذا حال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف رح يسترده كما لو ابرأه عن الدين وعند محمد رح لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفي ما اذا ابرأ الطالب المحتيل بعد الحوالة عند ابي يوسف رح لا يصح ابرأته بالحوالة وعند محمد رح يصح لبقاء الدين في ذمته ان المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكره المصنف رح يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفاء الدين بلامطالبة يستلزم وجود المنزوم بالا لزم وهو ممتنع فاكتمى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة قال ابن ابي ليلى رح ونقل ذلك عن مالك رح الكفالة كالحوالة كما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم بدمضاف الى ما ذكرتم من الاشتراك بل الى العارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للفل لغة ومنه حوالة الغراس رد حاصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها ما الكفالة فللمصم وهو يتنضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعتراض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا يقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجماعي والتجريب اما الاسام ان لا عمل فيها فند بعد اداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبقى دين المحيل سي قائله والتوثيق باختيار الاملى جواب ازفر رح تقريره سلمنا ان كل واحد منهما عند توثيق لكن براءة المحيل لا تنافي لان التوثيق يتحقق معها باختیار الراهن اي لا بد على الايفاء

(كتاب الحوالة)

لبسطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالا جود بلا ماطلة وهو في الحقيقة ينزل
في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لوصح ذلك لانتقل الدين
من المحيل فصارا جنبا منه فاذا انقذه كان الواجب ان لا يجبر المحال على القبول اي
لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحال والمنقود ويكون المحيل اذ ذاك
متبرعا كالاجنبي فباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب
لانسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى
وهو محتمل فلا يكون متبرعا **قوله** ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف
على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على
المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رح لا يرجع
وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى
وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك فلا يعود الا بسبب جديد
كما في الابراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به
على آخر فمات المجال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعدته
نمجرد احتياله ولم يجوز له الرجوع فلما البراءة حصلت مطلقة، لنظا او مطلقا والناني ممنوع
والاول مسلم لكن لا يفيد كم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة
فقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة بدلالة الحال لان المقصود
من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لانفس الوجوب لان
الذم لا يختلف في الوجوب وانما يختلف بالنسبة الى الايغاء فصارت سلامة الحق
من المحل الثاني كالمشروط في العقد لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق
الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال بد كوصف السلامة في المبيع بان اشترى

(كتاب الحوالة)

اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فانه ينفسخ بنفسه العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظاً لما ان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشائخ وقوله او تنفسخ الحوالة لغواته اي لغوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للنفسخ حتى لو تراخيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذافات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رح جمع بين طريقتي المشائخ رحمهم الله واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعرض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين ان يأبأ بها لبقاء لحة في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما نعين عليه ولا يعود الى الآخر * كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء * وكالمولى اذا اعنق عبدة المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عايتهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما نعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والاخر خلف عنه او كل منهما اصل * فان كان الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد * وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما نعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة تواء الحق الى وصف بقتضي ثبوته فاسدة في الوضع قوله والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة رح يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينته

(كتاب الحوالة)

للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه ح لا يقدر على مطالبته * واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما * اما في الاول فلما ذكرنا * واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لبراءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع * وقالهذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بفلسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوى وهو العجز عن الوصول الى الحق فقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه * وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادورايح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولومات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشافعي رح القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة * يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان انتقرو فلسه القاضي اي قضى بفلسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قوله** واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمنزل الحوالة مد عيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دين وهو منكر فالقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقول لا بها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انعكاكها عند * رح يكون القييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحتال بما حاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتي بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه حاله لتقبضه

(كتاب الحوالة)

ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوا ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة تستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم علم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين التي له في يد المحال عليه بالوديعة او العصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه * والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيد هابدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه او في يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا * وهو على نوعين حالة ومؤجلا فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والغرض انها كانت على الاصيل حالة فكذلك على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة * والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك * اذا عرف هذا فقولوه ومن اودع رجلا الف درهم احوال بها عليه اخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه ووديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جواز ذلك بوجهين * احدهما ان الاداء بها يتحقق من غير حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر * والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان تكون جائزة بالعين اجد رفاً هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيدها الحوالة بالوديعة لانه ما التزم

(كتاب الحوالة)

الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمعصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك واحال المدينون الطالب على مديونه بالف على ان يوفيه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين ودیعة كانت او غصبا وبالدين ان لا يملك المحيل المحتمل عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعد هالائه تعلق به حق المحتمل فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل عليه او بديهة فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لنلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر به بخلاف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهوان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحتمل اسوة للغرماء بعد موته خلافا لفرار روح وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحتمل كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحتمل على غيره كما مرتهن قلنا العين الذي بيد المحتمل عليه للمحيل والدين الذي عليه لم يصح

(كتاب ادب القاضي)

لم يصره ملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يد او هو ظاهرا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للنقل
فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يد او حبسا فثبت له نوع اختصاص
بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه **قوله** وهذا اشارة الى قوله
ان لا يملك المحيل * وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها
لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان
لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه
وفي الذمة سعة فأخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع
والغاصب ان يؤدى دين المحتال من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء
الحوالة كما كانت و**قوله** وبكرة السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي
معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع
الى تاجر ما لا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقتضيه المستقرض
في بلديريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط
خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
قرض جر تنعا * وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا بأس بذلك ثم قيل
انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها

معاملة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب

* كتاب ادب القاضي *

لما كان اكثر المازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يتطعها وهو قضاء القاضي
والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب
اسم يقع على كل رياضة محمودة يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد *
وبجوز ان يعرف بان ملكة تعصم من قامت به عما يشينه * ولا شك ان القضاء بالحق من

(كتاب ادب القاضي)

اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم **قوله** ولا تصح ولاية القاضي لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شروط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ يكون اي المولى من اهل الاجتهاد * اما الاول يعني اشتراط شروط الشهادة فلان حكم القضاء يستقضى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ التول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شروط الشهادة * لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او مترتبة عليها كانت اولى باشتراطها * وربما لوح المصنف بقوله يستقضى استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لثقلته مبالاة فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شروط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأخبريته والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا فسق باحد الرشوة بضم الراء وكسر هاء وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا يعزل اذ لم يشترط العزل عند التليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفونا احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي **قوله** وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروى عن الكرخي انه ينغرل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابى يوسف رح ويجوز

(كتاب ادب القاضي)

ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار
الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن العلماء الثلاثة
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي رح فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل
شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده
فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل
ففسق ينزل به لان المقلد اعتمد على الله في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان
التقليد مشروطا ببقاء العدة فينتفي بانقائها واعتراض بان قول الفقهاء البقاء اسهل
من الابتداء ينال في جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت
لانه من مسلمات هذا الفن ينتهي عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلاشهود وامتناعه ابتداء
بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو نبوت القضاء بالفسق
ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان
معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم
وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز
ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانقائه
والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد
ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة
الاترى ان من الامراء من غلب وجاروا جازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه
وصلوا خلفه وامامه بى القضاء فانه على العدة والامانة واذا بطلت العدة بطل القضاء
ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها
وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط

(كتاب ادب القاضي)

الاجتهاد للقضاء فان افظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق
لا يصلح وقد ذكر محمد ربح في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح
ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاص القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان
له رأي فان لم يكن له رأي وسال فقيها اخذ بقوله **قوله** واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا
بحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا
بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا
من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي ربح فانه علله بقوله
ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد
وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فان الانسان
لوصلي بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره
لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل من اجتهاد
نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل ربح في مسنده
ان عليا رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا وانا
حديث السن فقلت ترسلني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال
ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه
يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط للجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل
الاجتهاد نعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدروا الاولين لقوله صلى الله عليه وسلم من قلده
انسا ناعدا وفي رعيته من هو اولي منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث
ثبت بنقل العدل عن العدل فلا يلتفت اليه ما قيل انه خارج عن المحدثات فانه طعن بلا دليل
فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل **قوله** وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد
اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك

(كتاب ادب القاضي)

ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار * او صاحب فقه له معرفة بالحديث ائلا يشتغل بالقياس في المصوص عليه * والفرق بين العبارتين بين * وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب فريضة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سبب له من عرف او اعادة فان من الاحكام ما يبتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قوله** ولا بأس بالدخول في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يتق بنفسه ان اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى يا اودنا جعلنك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا عليه الصلوة والسلام انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولا نه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعتصر بالدخول في فرض الكفاية وان لم يكن واجبا فلا اقل من الذب كما في صلوة الجبازة وغيره واجيب بانه كذلك، الا ان فيه خطر الوقوع في المحذور فكان به بأس **قوله** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن خاف العجز عن اداء فرض القضاء ولا يأتى من على نفسه الحيف وهو الجور فيه كدخول الدخول فيدانة لا يصبر الدخول في شرط اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء * وانما عصب بطلان الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انه هو بليل الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفي القلب يكون ذلك مشروطا بمقدار وجب مثل ان يقول لي علي فلان ايله علي مظلمة فكذلك فان تضيت لي فلي كذا او كذا بعض العنماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سوءا وتوخوا بانفسهم او خافوا عليها * وسرا سكراته هم نابعدم الجواز قال الشافعي في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا نرى ان ابا حنيفة رحمني الى القضاء ثلث رات

(كتاب ادب القاضي)

فابن حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رح فقال ابو يوسف رح او تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبس البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكانني بك قاضيا وكذا دعي محمد رح الي القضاة فامى حتى قد وحبس فاصطروم تقلدوا استدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على الفصاء مكانا من بيم غير سكن رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاة بالذبح بغير سكن قال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكن يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر ووال القضاة لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاءه وءظمة لكن في باطنه هلاك * وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدرى هذا اللطيف كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكى ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراء قال كيف يكون هذا ثم دعي في مجامعهم يسوي شعرة فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه ان عطس فاصاب الموصى والقى رأسه بين يديه * ثم قال المصنف والصحيح ان الدخول فيه رخصه طبعاً في اقامة العدل لما روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه اذا لد من غير مسئلة لأس بدقتل الدرك عزيمة لا ندق يدطي فيه فيما اجتهد ولا يوقف له اذا كان مجتهدا ولا يعينه غيره عليه ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنب قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم ان يقضي بالحق ولا بدري اي قدر على الرفاء به او لا وفي ترك الدخول صيانة لنفسه * وهذا اذا كان في البلد غيره من يصلح القضاء فاما اذا كان هراقل لا غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم من الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم صالحون القضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه انما اذا كان السلطان

(كتاب ادب القاضي)

السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى تلد جاهل اشتركوا في الائم
لادائه الى تنصيب احكام المتعالى **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من يصلح
للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقاءه ولا بسأ لها بلسانه لما روى انس بن مالك
رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده * وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه
لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه
وورعه وذكاءه واعجبته نفسه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بمطلب ما لو نال يحرم
به وان اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكره على ما لا يحبه ويرضاه
وتوكل عليه ومن بتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق **قوله** ثم يجوز التقليد
تتربع على مسئلة القدوري يبين انه لا فرق في جواز التقليد لاهله بين ان يكون المولي
عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من السلطان الجائر وهذا لان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوا القضاء من معاوية رضي الله عنه وكان الحق مع
علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه * وانما قيد
بقوله في نوبته احترازاعما يقوله الروايض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر
وعثمان رضي الله عنهم اجمعين وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل العقد
والحل على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام * وعلماء
السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان
لا يمكن من القضاء استثناء من قوله يجوز انتاد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه
من القضاء لا يحصل المقصود بالتقليد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه **قوله** ومن
تولي القضاء يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولى القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان
القاضي الذي كان قبله وان ديوانه انما هو الذي فيها السجلات وغيرها من المحاضر

(كتاب ادب القاضي)

والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها هي السجلات وغيرها النما
وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فنجعل في يد من له ولاية القضاء والا
لا يفيد وسمها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها
بالذكير* ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او غير ورق لا يخلو عن امور
ثلاثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول* فان كان
الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في بده لعمله وقد استقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي
وهو الصحيح لانه اتخذته دينا لا تمولا* وقوله في الصحيح في صورتين احتراز عما قاله بعض
المشائخ ان البياض ان كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه
لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا لما ذكر قوله ويبعث اامين بيان كيفية
التسليم وهو ان يبعث المتولي رحلين من ثقاته وهو حوط والواحد يكفي فيقبضها بحضور
المعزول او اامينه ويسألا شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة على حدة لئلا يشبه
على المولى وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لا يشبهه
على ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة
يشبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او تسرع اياه ذاك وهذا السؤال
اي سوال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالغزل النحق بواحد من الرعايا
فلذا يكون تولا حجة ومتى قدم ذلك يختمان على ذلك احتراز عن الزيادة والنقصان
فيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى
الى المفعول الثاني بعن وجهه ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني مخذوف
رائد برهونه ان المعزول عن احوال السجلات وغيرها* وقوله شيئا فشيئا منصوب بعاملي
مضموم يدل عليه تولا ويسألا لانه اي يسألان شيئا فشيئا عنهما وليس بشيء لان الكلام في الثاني

(كتاب ادب القاضي)

الباقى **قوله** كما لكلام فى الاول * والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما فى قوله بينت له حسابه بابا بابا
ويظهر المولى فى حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتم به باسمائهم
وسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لأمور المسلمين وقول المعزول
ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف
بحق الزمه اياه وحسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولى الواجد يحل عرضه
وعقوبته اى حبسه * ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بائنة
لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه
فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة
وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم اولم يحضر خصم وادعى المحبوس
ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عايه ايا ما اذا جلس
يقول المهادى ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس العلابى فليحضر
فان حضروا الامين اى القاضي ان يطلقه * فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كعيل بن نفسه
واطله لان ذل المعزول حق ظاهره لا يعجل بالتحليل ويستظهر امره لئلا يؤدى الى ابطال
حق الغير لجواز ان يكون له خصم عائب بدعى عليه اذا حضر * والعرق لا تحسب رحمة الله
بين اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة النركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كعيل
ما هو ماسياتى ان فى مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفى ثبوته لغيره
سك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا
الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم * ريبيل اخذ الكفيل ههنا ايضا
الى الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر فى المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق
دسرق المذكور يكون محتاجا اليه * وان قال لا كفيل لى اولا اعطى كعيل فانه لم يحب
على شىء نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط

(كتاب ادب القاضي)

بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهر قوله وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف
لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف
من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الا ان يعترف ذو اليدان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت
ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول به كانه بيده في الحال ولو كان بيده عيانا صح
اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار
لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره
الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه
وذلك لان من بيده المال اما ان يقرب شي مما اقرب المعزول او يبعد كنه * فان كان الثاني
فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء * وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي
الي وهو فلان بن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب ولا بتعليله فاما ان يقول
دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل *
واما ان يقول دفعه الي وهو فلان غير من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع
من القاضي فقد اقرب باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر له فلان وهو لا يصح * واما ان يقول
هو فلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخر او حكمه
ان المال يسلم الى المقر له او لا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم
الي المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا * وهذا لان اقراره الاول
لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول فلان
آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي اتلف المال على من
اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد
 وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده او لا وعلى كل واحد من التقديرين

(كتاب ادب القاضي)

التقديمين يلزم التسوية بين ما بدأه واليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأه بالاقرار
لغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ارا احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه
الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا
وذلك لان الاقرار ممن لا يدل به بصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد
لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره ممن لا يملكه واذا اقر بالملك
لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لانه
اقرار في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه با تلاف حقه باقراره
لغيره في وقت يسمع منه ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس
للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كي لا يستمر مكانه على الغرماء وبعض المقيمين * وروي عن
ابي حنيفة رحمه الله انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس * قال الامام
عليه السلام في هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار
مسجدا في وسطها لئلا يلحق بعض الحضور زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي
رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى
اِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ وَيَحْضَرُهُ الْحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ الدُّخُولِ فِي الْمَسْجِدِ * وفصل
مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما
بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة
في معتبكه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء
بالحق من اشرف العبادات فجاز في المسجد كالصلوة **قوله** ونجاسة المشرك جواب عن دليل
الشافعي رحمه الله وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله ان لا يصيب الارض منه والحائض

(كتاب ادب القاضي)

تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة فإن قيل يجوز أن يكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها فلما الكفار لبسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في دارة لا بأس بذلك قال الإمام فخر الإسلام إذا كان دارة في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فإذا جلس فيها يأن للباس بالدخول فيها لأن لكل أحد حق في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون إبعاد من التهمة أن في الجاوس وحده تهمة الظلم وأخذ الرشوة **قوله** ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم لأنه أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من حوالب القضايا إذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والأصل في ذلك ما روى البحاري بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبي حنيفة الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن اللاتبة على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي أي فقال صلى الله عليه وسلم فهل أجلس في بيت أبيه أو بيت أمه فليظنرا يهدي له أولاً * واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بماله فقال من أين لك هذا قال تأتجت الخيول وتلاحت الهدايا فقال أي عدو لله هلا تعدت في بيتك فتظنرا يهدي لك أم لا فآخذ منه ذلك وجعله في بيت ماله فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة وأما القبول من ذي رحم محرم لا خصومه لأنه من جوارب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وأن لا يكون * وعبرة النهاية تدل على أن المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بدهادته ولم يرد فلأنه ليس بكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل أن المهدي للقاضي أما أن يكون ذا خصومة

(كتاب ادب القاضي)

ذا خصومة اولا والاو لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهادا قبل القضاء
او لم يكن * والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت له العادة بذلك اولا والثاني كذلك
لانه آكل على القضاء فيتحاماها والاو لا يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد
وقال الامام فخر الاسلام رح ان زاد على المعتاد عند ما زاد ادمالا بقدر ما زاد في المال لا بأس
بقبوله * ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشائخ رح * فبعضهم قالوا
يضع في بيت المال * وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير
وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم
اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب
عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان تكون
عامّة قيل وهي ما يكون فوق العشرة ومادونه خاصة * وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى
ذلك خاصة وذكر المصنف رح ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحصرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل
بين القريب وغيره وهو قول ابى حنيفة وابى يوسف ردهما الله وعن محمد رح انه يجب
دعوة القريب وان كانت خاصة كالهديّة قيل في العرق اهما بين الضيافة والهدية حيث
جوز قبول هديّة ذي رحم محرم ولم يجوز ا حضور دعوة ان ما نالوا في الصياغة محمول
على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهادة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا
في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهادة قبل القضاء صالحة للرحم وذكر صدر
الاسلام ابواليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي
دعوته وان كانت عامّة لانه يؤدى الى اداء الخصم الاخر الى النهاية ^{قوله} والله يشهد
الجائز يؤد المريض الحاكم يشهد الجائز ويؤد المريض لان ذلك من حقوق المسلم
قال صلى الله عليه وسلم لا سلام على المسلم سنة حقوق روى ابوايوب رضي الله عنه

(كتاب ادب القاضي)

قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم سنة خصال واجبة
ان ترك خصلة او شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض
ان يعود وادامات ان يحضره واذا اتى ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا
طس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة **قوله**
واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاه
والآخر فقيرا او كافا او ابنا سوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه
لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي ففات التسوية ولو اجلس احدهما
عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي
فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه
ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما لئلا يكون مفضلا لحد الخصمين
على الآخر * وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك
يسوي بينهما في الاتبال وهو التوجه والظروا الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا
ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهما في المجلس والاشارة **قوله** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم
القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا سحابه ولا يلقه حجة ولا يضحك
في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسرا للعلب الآخر فنبهه
عن طلب حقه فيتركه وفيه اجترأ من فعل به ذاك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحد منهم
لانه يذهب بمهابته والنصاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يسمع الناس عن التقدم بين يديه
في غير وقتهم وبنههم عن اساءة الادب فيقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز
من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قوله** ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علماً بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول له اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاهياء حقوق الناس وربما يحصر الشاهد عن البيان بمهاينة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفاء وخمسائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووقف في شهادته كما وقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق * وتاخير قول ابي يوسف رح يشير الى اختيار المصنف رح * والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم

* فصل في الحبس *

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افردة في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس * وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلاً بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن ركان حبس في المسجد او اند هليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناء من قصب وسماه نائفا فقبه المصوص فبنى سجن من مدرسماه مخيساً * ولان القاضي نصب لا يصل الحقوق الى مستحقها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس **قوله** واذنبت الحق عند القاضي اذ انبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلوا ما ان ثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء للمماطلة فلا بد من ظهورها

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

وان اثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مما طلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلي فلم استصحب المال فان اتيك اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه *
وان كان الثاني حبسه كما ثبت بظهور الماطلة بانكاره * وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به *
والحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والطر والاضحية والجمعة وصلوة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه وبغسله لان حقوق الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر كثير ضرر بالطالب * وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع لتضجر قلبه فيسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضرر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه * ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاربه فيطأهما حيث لا يطالع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج * وقبل الجماع ايس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام * ولا يمنع من دخول اهله وحير اند عليه ليشاورهم في قضاء الدين وبمنعون من طول المكث عنده **قوله** فان امتنع حبسه في كل دين ازمه بدلا فان امتنع الغربم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الحضم ذلك كما امر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين ازمه بعقد كالنمن والمهر والكفالة والنفول فيقول المدعي وقت ذكروا القول بقوله حبسه في كل دين ازمه بدلا عن مال حصل في دينه كنمن المبيع او ازمته بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف رحمه الله تعالى بذلك بقوله لا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يزول
بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامة باختباره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على
ادائه وهذا يوجب تسوية بين ما اذا كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن
دينا مطالقا كالنفقة وغيرها كما سند ذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت
بتسليم المعجل فكان اقدامه على الكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبس
في ما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجبايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دالة
اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان ثبت المدعي ان له مالا بينة فيحبسه وروى الخفاف
عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول المدعي عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا
عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي
عارضه والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وكان القول قول المدعيون
مع بهينه وروى ان القول له الا في ما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رح
لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي * وما لم يكن بدله
مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول قول المدعي عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء
ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة
قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعي عليه
كما في نفقة المحارم * والآخر ان يحكم الزمي ان كان زمي القراء كان القول له وان كان
زمي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم
يتكفون في الزمي مع احتياجهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزمي فيهم
دليل اليسار وقوله النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة
اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه
نفقة المعسرين فالقول قول الزوج * وفي كتاب العناق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه

(كتاب ادب القاضي — فصل في الحبس *)

من العبد وزعم انه معسر كان القول له وهاتان المسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين
الاخيرين اما تايدهما للزيمى كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول
قول الزوج والمولى مع انهما باشر اعتد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكر ولا كان القول
قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار * واما تايدهما للذي كان القول لمن عليه
الا في ما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول
من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله وتخرىج على ما قال في الكتاب يعني
القديري جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقربة انداءي النقد على تأويل الانفاق
ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد قدم ان الدين الصحيح
وهو ما لا يسقط الا ببراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رح
وحينه لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه
اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته الا بالايفاء والاقدام عايه
دل على انه قادر عليه ثم في ما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
في ما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل جيرانه واهل حرفته
عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار
ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة لتقيد هذه الفائدة فقد ربما ذكرنا وبروي غير التقدير
بشهرين وثلاثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال شمس الأئمة
الحلواني هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله اربعة اشهر
الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمقدور لا زعم بل هو مغرض اني رأيت
القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من تضجر في السجن في مدة قليلة
ومنهم من لا يتضجر كثير فمقدار تلك المدة التي خجرا لآخر فان وقع في رأيه ان هذا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

هذا الرجل تضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر به سأل عن حاله فان سأل عنه فقامت بينة على عسرتة اخرجته القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الى لعن الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احفظ اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب العسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان اليسار بعد الاعسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالا عسار شهادة بالنفي وهي ليس بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سأل كان احوط * قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء بدلان الشهود لم يشهدوا بمقدارة ولم يقبل في ما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشهادة على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان التليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما **قوله** فان لم يظهر له مال فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة النبي رءاها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشائخ رحمهم الله كسنة او شهرين او اربعة على ما تقدم خلي سبيله لانه استحق النظر الى الميسرة بقوله تعالى وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلي سبيله فقال

(كتاب ادب القاضي — * فصل في الحبس *)

المفهوم من كلامه انه لا تخلية ما لم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكرنا
في نسخ ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرج من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد
عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة
او اثنان او شهد شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له ما لا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله
وقد اخبرنا امره سرا وعلايته ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها
عامة المشائخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد بن حمران في رواية لا يحبس
وبه كان يفتي الشيخ الجليل 'بوبكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن
ابي حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليه عامة مشائخ ما وراء النهر انه يحبس ولا يلتفت
الى هذه البينة لانها على الفبي ولا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت
واذا حبس فمضت مدة فقد تايدت به اذا الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة
الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه
وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل
للتالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر
في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا
أبد حبسه وان كان معسرا خلي سبيله وهذا بظاهرة يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق
اذا ثبت بالاقرار لا يحبس اول وهلة فيحتاج الى تاويل ولهذا ذكره المصنف تاويله
بقوله ومراده اي مراد محمد رحمه الله اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك
فظهرت مما طلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل
عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر
هو التاويل **قوله** والحبس او لا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس او لا
ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيد **قوله** ويحبس الرجل

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطالحا على مقدار فلم ينفق عليها فرغت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والدي دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الوالد على والده كما لحد والقصاص قال الله تعالى وَلَا تَقْلُ لَهُمَا أَفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذَّلِيلِ مِنَ الرَّحْمَةِ إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ لَأَن فِيهِ أَحْيَاءٌ وَلَدُهُ وَفِي تَرْكِهِ سَعْيٌ فِي هَلَاكِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَحْبَسَ الْوَالِدُ اقْتِصَادَهُ تَلَاُفَ وَلَدِهِ * ولان النفقة تسقط بمضي المدة فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم تسقط به فافترا * وكذا لا يحبس المولى بعبد اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء * وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب ديناً عليه * وكذا الدين مكتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله * وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالماً ويحبس في غيره لانه لا يتدبر من النسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية * وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله اعلم *

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضاً الا ان السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين * والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير ان الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه حمول الحاجة الناس لما روي ان علياً رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قوله ويتنبأ كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تبت بالشبهات دون ما يندري بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلاً والمسمى الكتاب الحكدي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا

(کتاب ادب القاضي — * باب کتاب القاضي الی القاضي *)

على خصم أو لا وتكثيره يشير إلى أنه ليس المندعي عليه أن لو كان إياه لما احتج إلى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن أن يكون خصما فان كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجته وكتب بحكمه وهو المدعى سجلا لان السجل لا يكون إلا بعد الحكم وإن كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه به وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب اليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به وأما الثاني فان وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير إلى ذلك فواء وشرفيل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي أن يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكر أحوالها إن شاء الله تعالى وقوله حوازه هو المراد ببقوله على مانئين وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لا تحار المطاط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جواز الشهادة على الشهادة لأحياء حقوق العباد مكذا يجوز الكتاب إلى القاضي لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قول القدوري في الحثري ندرج بحته الدين والنكاح والنسب والمفصوب والأمانة المبحودة والمضارب المبحودة لأن ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا في ما كان بمنزلة قوله وهو يعرف أي الدين يعرف بالوصف يشير إلى تلك الأشياء التي إن الدين أنه يجوز فيه الكتاب لا يعرف بالوصف لا يحتاج إلى الإشارة والوصف لا يحتاج إلى الإشارة لا يجوز فيه الكتاب وإن الأمور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا يحتاج إلى الإشارة واعتراض بان ما سوى الدين يحتاج إليها فان الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذا في الباقي فكانت سرية الدين بغيره وأما الكتاب القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية وأجيب بأن الزيادة في الخصم وبها

(. كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

شرط في ما ذكرته وهوليس بمدعى به وانما هو نفس الكاح والامانة وغير ذلك مما هو
من الافعال * الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمدينون لابد منها عند عوى الدين
وليس ذلك بما نفع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا
لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة
للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري
واستحسن ابو يوسف رح في العبيد ونال الاماء غلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد
يخدم خارج البيت والامة تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف رح انه
يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعنى الكتب المبسوطة وشروح ادب القاضي * وصفته
ذلك بخاري ابق له عبد الى سمرقند مثالا فاخذة سمرقندي وشهود المولى بخار اطلب
من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده يحجب الى ذلك ويكتب شهد عندي
فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعى وهو اليوم بسمرقند
فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى
الى المكتوب اليه يحضرا العبد مع من هو بيده ايشهد عنده بالكتاب وبما فيه فيقبل
شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعى ولا يقضى به له لان شهادتي شاهدي الملك
لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعى بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما
من رصاص كيلا يتهم المدعى بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا يشهد شاهدين
على كتابه وختمه وعالي ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا يشهد بالكتاب
وختمه وامر المدعى بإعادة شهوده اليه يهدوا بإشارة الى العبد انه حقه ودكه فاذا شهدوا
سلك قضائي له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما نبت عنده ليسرى كتابه * وفي رواية
عن ابي يوسف رح ان قاضي بخارا لا يقضى بالمدعى لان الخصم غائب ولكن
يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما حرضه عند شهود شاهدين على كتابه

(كتاب ادب القاضي — *باب كتاب القاضي الى القاضي*)

وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل * وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي لكنه يبعث بهامعة على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه * ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا لا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا ويستغله ويأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان السلبية والصفة تشبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحاي والصفات فالأخذ بالقياس اولى وعن محمد روح انه يقبل في جميع ما ينزل وبحول وعليه المناخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول رحمهم الله **قوله** ولا يقبل الكتاب الابشهادة الرجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها وما يقبل رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطالع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق * وكان الشعبي روح يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قيا ساعلى كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالتزام على الحاكم ليس بالتركيب بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تركية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه بينة وغيره ان القياس بقضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتاب يدعق برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس يابى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجتماع التابعين على الكتاب دون الرسول

(كتاب ادب القاضي - * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد في موضع
القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة * واما الرسول فقائم مقام المرسل
والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قصائده كقول واحد
من الرعايا **قوله** ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة
قال الله تعالى الْأَمْسُ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا
يتوهم التغير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف رح انه يدفع الكتاب
الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على
خفتهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رح
آخر شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهد هم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا
على الكتاب والختم عدل القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل
في ذلك لما ابنلي بالقضاء واما قال آخر الان قوله الاول صل قول ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
واختار شمس الايمه السرخسي قول ابي يوسف رح تيسيرا على الناس **قوله** واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي
الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه * فاذا وصل الكتاب اليه
لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم
فذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبته الخصم لان سماعه ليس للحكم
بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الافطع قال ابو يوسف رح بقبله من غير
حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع
بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به **قوله** فاذا سلمه الشهود اليه

(كتاب ادب القاضي —* باب كتاب القاضي الى القاضي *)

اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فان شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه اليه في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزعم بما فيه وهذا عند الشيخين ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحته على ما رآه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدوا قال المصنف رح والصحيح انه يعرض الكتاب اي يفتح بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الحصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك * وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرط ولم يظهر فاما اذا لم يكن شرطاً فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب ان لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن * وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او غم او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المسائخ رح قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب * وقال ابو يوسف رح في الامالي يعمل به وهو قول السافعي رح لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه يقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والمثل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود العرود اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه

(كتاب أدب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي *)

وان لا يمنع القضاء * ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا الثقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا الثقل بسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذ امات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف رح بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاخ آخر في غير عمله او في غير عملهما وهذا ظاهر في ما اذا عزل اماني الموت والخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن اهليته اولى وكذا الومات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين * ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصاروا كالايماناء في الاموال وهناك عد لا يعتمد على كل احد فكذاها الا اذا صرح باعتداده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى به هو شرطه وان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعاله بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند ابن حنيفة رح * وقيل الظاهر ان محمدا رح معه لانه من معلوم الى مجهول والى فيه شرط كما مر وهو رد لفول ابي يوسف رح في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلاتا لمرعى الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والعصا وقال الشافعي رح

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة بدلية فصار كالشهادة على
الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم
* فصل آخر *

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على
القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي
فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتياجه الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر
اصل بجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به * وهذا يدل على ان العصال من تشبه
كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخرينا في ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل
قبل هذا حتى بقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلاً آخر في ادب القاضي فانه
تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر **قوله** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها
وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستغنى من حكم الشهادة لان
كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلاً للشهادة يكون اهلاً للقضاء وهي
اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما * وفيل اراد به ما مر
من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة بدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة بدلية لا يعتبر
فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي
ان يستخاف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه فلد القضاء دون التقليد
به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف الامور
باقامة الجمعية حيث يجوز له ان يستخاف لاراء الجمعية على شرف العوات لوقت بوقت
يفوت الراء بالقضاء مكان الامر به من الجمعية انما بالاستخلاف دلاله لكن اما يجوز
اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانهما من شرائط افتتاح الجمعية ما وفتحه الامام الاول عليه

كتاب القاضى — * باب كتاب القاضى الى القاضى

الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد لها جازلان المستخلف بان لا مفتتحا وعترض
 بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة
 واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وارى
 ان الحاقه بالبانى لتقدم شروعه في تلك الصلوة الاولى فتأمل **قوله** ولا كذلك القضاء
 اى ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر * فمن اذن بالجمعة
 مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من اداؤها في الوقت فقد رضى بالاستخلاف *
 بخلاف القضاء فلوفرضا انه استخلف وقضى الثانى بمحض من الاول وقضى الثانى
 عند غيبة الاول فاجازة الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل
 اذا لم يؤذن له بالتوكيل توكل وتصرف بحضرة الاول او اجازة الاول جاز وقوله لانه حضرة
 رأى الاول يصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضى بقضاء حضرة
 رأى القاضى وقت نفوذه لاعتداده على علمه وعمله والحكم الذى حضره القاضى او اجازة قضاء
 حضره رأى القاضى فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قليل الاذن
 في الابتداء كالا اجازة في الانتهاء فلم اخله في الجواز وعده واجيب بالمع فان البقاء اسهل
 من الابتداء وان الحكم الذى اذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى فكان
 رضا الخليفة بتولية القاضى مقيد به **قوله** فاذا فوض اليه مملكا اى اذا قال الخليفة للقاضى
 ول من شئت كان له ان يولى غيره فيصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول
 عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت
 فيملك الاول عزله * وهذا بناء على ان امر القاضى لا يتعدى الى غيره فافوض اليه فاذا قال الخليفة
 ول من شئت واقتصر على ذلك كان أمرا بدائليا والعزل خلافه واذا اصاب الى ذلك
 واستبدل من شئت كان امرا له بهما فكان له * فاذا قال الخليفة لرجل جملتك قاضى القضاء كان
 اذ ناله بالاستخلاف والعزل دالة لان قاضى القضاء هو الذى يتصرف في القضاء تقليدا

(كتاب ادب القاضي — باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

وعزلا كذا في الذخيرة * قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التعويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان آوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد ينجز الوصي من الجري على موجب الوصاية ولا مكس الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا ما سنعائنه من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل والايصاء ولا يملك التلبد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واحسب ان المقلد يميل ما لا يعلم الوكيل والوصي فكون توفيع العساة في القضاء اكبر قولا وادار الى القاضي حكم حاكم امصاه ادان دم رجل الى قاص وقال حكم على لان القاضي يكره او كذا بعد ان لم يكن محال للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامة الملك مخالف لهو الملك الى ولا تاكلوا امثالكم دكر اسم الله عليه او السنة اي المسبورة كالحكم بحل المطلعة بالزواج الاول بمجرد الكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان استرا الى الدخول ثبت بحدث العساة وقد ذكرنا هما في التقرير على ما ينبغي او الادعاء كالحكم بطلان نص القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عائده فيل كما اذا عنى على الدين سبون فحكم سقوط الدين عمن عليه لنا حبر المطائفة فانه لا دليل شرعي دال على ذلك * وفي نص الشيخ بان يكون هو تأمل الاستدعاء بما يقول عدم فمذهبه ان كان محال للالاد المذكورة بسبب انه يكون قولا لا دليل وفي الجامع الصغير وهما ادعاء فيه المقهاء فقضى في القاضي ثم حاشا واص اخر يرى عدم ذلك امصاه وفيه فائدة ادار اثنين في قيد بالعقهاء اسارة الى ان القاضي ادالم ولم بموضع الاحتياط فان نص قضاؤه بموضع لا احتياط لا بعد المرفوع اليه على بطل العامة كذا في الذخيرة * والآية التي يبدو فيها غرض ان الاحتياط الى ان الحكم الممكن محال للالاد المذكورة بهذه سرا بان موافقا لآراء المخالفين ان العدده وهو مخالف لآراء بعض الوافقة اولى وزرا الديوري ما كانه من المبادئ بنين جميعا والاصل في تعبد القاضي لما رفع اليه ادالم يكن محال

(كتاب أدب القاضي — باب كتاب القاضي إلى القاضي)

مخالفة لادله المذكورة ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه يغذو ولا يردده غيره لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو
دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولغا ئل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي
المجتهد فكيف يصلح العرع مرجحا لاصله وبمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا
لاصله من حيث هو منه او مطلقا والباقي ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث
بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذا السعي المساوي للسعي في التوبة
لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه * ويؤيده ما روي عن عمر
رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان نزيدين ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين
رحلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيد اقضى علي يا امير المؤمنين فقال
له عمر رضي الله عنه او كنت اتصبت لك فقال ما بينك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال
عمر رضي الله عنه او كان هذا من آخر اتصبت لك اكن هارأي والرأي مشرك واوصي
الشيء في المجتهد به * قالوا رأيت ما سيلا ما فيه بدد عبد الله حينه رح ان كان عامدا فيه
روايتان وجه العباد وهودليل السيان احصا طرق الاولى ان ليس بخطاء بيتين
لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به داود كعامة المجتهدين * ووجه عدمه انه زعم
فساد صائته وهو واخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد من الوجهين لانه يصح
دنا هو خطاء عده ويعمل به زعمه قال المصنف رح وعابه القوي قوله ثم المجتهد فيه
ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد
ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والاساس
ان عيرة والاحماع * واذا حكم حاكم بخلاف ذلك ووقع الى آخر ثم عده بل مدحا
حتى وعده ثم رجع الى فاض الثالث عشر لانه داخل وصال والاطل لا يجوز عانه
الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فاذا دار مع الى الباقي * كما مر من نصه فرفع الى ثالث.

(كتاب ادب القاضي * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى وَلَا تَكُونُوا مَنَکِجَ آبَائِكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجار بنته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة ههنا كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لاختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكبر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه * وينبغي ان يحصل كلام المصنف رح هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه * فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونها فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف رح ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم السانفي رح او المالكي برأيه بما يخالف رأي من ندد عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم يرد ذلك كان له ان ينفذه **قوله** كل شيء يصح به القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما نهي القاضي بتحريمه في الظاهر اي في ما يبينافهم في الباطن اي عند الملاحم وكذا اذا قضى

(كتاب ادب القاضي — باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

قضى باحلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق
لا في الاملاك المرسله وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور
فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى
القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول الشيخين رح
وهو قول ابي يوسف رح الاول خلافا للمحدث وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابي يوسف رح
الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنهما ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء
كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعثتي هذه الجارية او من جهة البائع
مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعا
سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل
صما يتغابن الناس فيه اولا عند بعض المشائخ لان الشهادة شرط لانشاء الكا^ح تصدا
والانشاء ههنا ثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادله ولهذا ايدل^ك
العبد الماذون له والمكاتب وان لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات * وقال بعضهم
انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحض من اشهدوا لانه شرط صحة العقد ولم يدين
البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشيا وانما يصير منشيا فيما له ولاية الانشاء وليس له
ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع * ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المأذنين في البيع
في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطئها وسها ما اذا ادعت
على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوجه
آخري بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطئها ظاهر او باطلا علم ان الزوج الاول لم يملك
بان كان احد الشاهدين ولم يعلم بذلك * وقالوا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الزمان
لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك * واما الزوج الاول فلا يحل له
الوطئ عند ابي يوسف رح آخر وان كانت العرفة لم تقع باطلا لانه لو فعل ذلك لكان زوا

(كتاب ادب القاضي — باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

عند الناس فيحدونه * وذكر شيخ الاسلام ان علي قول ابي يوسف رح الآخري حل وطئها سرا
وعلي قول محمد رح يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء
علم الثاني بحقيقة الحال او لم يعلم **قوله** ولا يقضى القاضي على غائب القضاء
على الغائب وللا يجوز عندنا الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح
ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في الباد جازوا الا لا يصح في الاصم
لان في الاستتار تضيقا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة
وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاه لنا ان استدلال الشهادة
تقطع المنازعة لان الشهادة خسر بحتم الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل
الا ان الشرع جعلها حجة ضرورية قطع لمنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقرب الحق
لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار او ما يوجد فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر
الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله مكراما لا لامر على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم
ان لا يسكت ان كان عليه دين او د فعليه ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع
الحجة فكان الانكار موجودا احكاما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا
في مانحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك فلما ممنوع فان الظاهر من حاله
الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك
الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قل لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك
فلنا اذا كان شرطا للملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يسئلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب
آخرون قل وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر
ياقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندما
لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى
ريدعي الاداء وينبته او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقع ذلك بعن الحكم يمكن

(كتاب اذبح القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

ممكّن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد **قله** ولانه يحتمل الاقرار
الى آخره دايمل آخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان يشتبه وجه
القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملها
من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة
وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الروايد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم
في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فوادت عنده فاستحقها
رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة
كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة المستحق
ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض * بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية
على الغير ولهذا لا ترجع الباعة بعضهم على بعض * فان استدل الخصم بقوله عليه السلام
البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث
قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اباسفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة
ما يكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف
فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجباه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى
شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه منروك الظاهر لان الخصم اذا انفليس على المدعي
اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على
الغائب اولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله
عليه السلام لعلي رضي الله عنه حين بعته الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى نسمع
كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا
حديث حسن وعن حديث هذبان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق
النفقة على ابي سفيان الا يرى انها لم تقم البينة **قله** ولو انكرتم غاب فكذلك يعني

(كتاب ادب القاضي — * باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

لا يتضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكروا سمعت البيعة ثم غاب
قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البيعة انما تصبح حجة بالقضاء
وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف ر ح فانه يقول الشرط الاصرار
على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالا استصحاب واجيب بان
الاستصحاب يصلح للدفع لاللائبات **قوله** ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب
لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب
اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب
كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر والقاضي كما اذا قام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون
ما يدعي به على الغائب سببا لازما لما يدعي به على الحاضر وشرطا لحقه فان كان
سببا لازما سواء كان المدعى شيئا واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه
وانكر ذواليد فاقام المدعى بيعة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها
فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت
ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لامحالة * او شيئين مختلفين
كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا
فلان الغائب فاقام المشهود له بيعة ان فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة
والمدعى شيئا من المال على الحاضر والعق على الغائب والمدعى على الغائب
سبب المدعى على الحاضر لامحالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال
فان التثنية فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب
لان المدعى شيء واحد في الاول او كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر
المدعى وانكره لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البيعة ولهما نظائر في الكتب
المنوعة والمصنف ر ح لم يتعرض الاللسبية واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين

(كتاب ادب القاضي — باب كتاب القاضي الى القاضي * فصل آخر)

اوشين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت
 ثبت بلوازه * وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت
 فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب
 ن زوجك فلان الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا ووافقت
 على ذلك بينة قبلت بينها في حق قصر يد الوكيل عنها لافي حق اثبات الطلاق
 على الغائب حتى اذا حضروا نكر الطلاق تجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب
 وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما تدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق
 متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيفا بالحمل قبل الطلاق وقد
 يوجب بان كان وكيفا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى
 على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقتضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما بان قيل
 كلام المصنف رحمه ساكت عن هذا التيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل
 عن التقييد وان كان اعني ما يدعي به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعى
 على الحاضر كمن قال لامرأة انه ان طلق فلان امرأته فانته طالق حاد صحت امرأة الحائض عليه
 ان فلانا طلق امرأته ووافقت على ذلك بينة قال المصنف رحمه فلا يعتبر به في جهته خصما
 عن الغائب وهو قول عامة المشايخ رحمهم الله لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك
 ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الازهر جندبي ان البينة
 تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعى كناية عن وقف
 على السبب تتوقف على الشرط لا على المال المعتبر هو السبب اللازم والترتف فيه اكثر
 لكرانه من الجوابين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب
 وهو في الشرط موحود * واخرج المصنف رحمه السخر من جهته القاضي وهو من نصبه وكبلا
 عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كما نوصي من جهته القاضي لان كلامه فيمن

(كتاب ادب القاضى * باب التحكيم *)

يقوم مقام الغائب المسجل لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكانه
اختاره **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب
الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها
محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ
لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تبصر محفوظة مضمونة فيقرضها
فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي
يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفى النسيان بخلاف
الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين
بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل
ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار
فخر الاسلام والصدور الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب نعم المال
والنفس كولاية القاضي وشقيقته تمنعه من ترك النظر والظاهر انه يقرضه ممن يأمن بحجوده
وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك

* باب التحكيم *

هذا باب من فروع القضاء وناخبة من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لا تنص
حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو شروع بالكتاب والاجماع
اما الكتاب فقوله تعالى فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَالصَّابِرِينَ عَلَيْهِم
كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورعا بحكمه جاز
لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولايته
وليهما وذا اذا كان المحكم بصعد الحاكم المولى لانه بمنزلة في ما بينهما واعترض بالادلة
كذلك المارح الترمذي في حق التعليق والاصافة الى المستقبل على قول ابي يوسف رح

(كتاب أدب القاضي — باب التحكيم)

ربح كلها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجب بان التحكيم صلح مسمى
 حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف
 بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء
 فلو حكما امرأة في ما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قوله ولا يجوز
 تحكيم الكافرو العبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يفد
 حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافرو العبد والذمي ان حكمه المسلمون * وان حكمه
 اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة في ما بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد
 السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه
 والمحدود في القذف وان قاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والعاسق
والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم العاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر
 في اول ادب القاضي ان العاسق لا ينبغي ان يفد القضاء ولو فاد جاز وكذلك واحد من المحكمين
 ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لا تعاقيهما على ذلك فلا يحكم الا برضاءهما
 جميعا لان ما كان وجوده من شئيين لا بد له من وجودهما واهما عدم مد فلا يحتاج الى عدمهما
 بل بعدم بعد واحد هما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الابتناء بهما
 ايضا فان قيل اخرج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته فلما ماتم الامر واما الذم
 بعد الحكم ولا نقض ح فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدور عن ولانه ذمهما
 كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق منه
 امضا لانه ان لم يعضه نقضه لم يحكم الا بذلك ولا فائدة في نفسه ثم في ابراءه على ذلك الوجه
 وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالفه ذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يرض له
 لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالعه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم
 لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطل الثاني وان خالف مذهب

(كتاب ادب القاضي — باب التحكيم *)

لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يردده **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص بائنا في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف رح واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمه ولهدا الابدلكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تسترفى بالشبهات وهذا كما ترى اشم من تعليل المصنف رح **قوله** وقالوا اي قال المناخرون من مشائخنا وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالديات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر من اصحابنا وهو صحيح لكن المشائخ امتنعوا عن الفتوى بذلك * قال شمس الائمة الحلواني مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام استاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتمنا العصل لانفتي به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبننا وان حكما في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية عليهم اذ لا تحكيم من حكمهم وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف لائن وهو حدث حمل من مالك قوموافدوه كما سياتي في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى **قوله** الا اذا ثبت استثناء من قول رده القاضي اي رد قضاؤه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعتد واما

(كتاب ادب القاضي — باب التحكيم *)

واما في اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وقضى على الجاني جازلانه لا بخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز * وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم ترضوا بحكمه قوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جازا ان يسمع البينة وبقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعد لوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله ونصى القاضي ونفذا ان المحكم بملك انشاء الحكم عليه بذاك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالتقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان فضبت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه وكذا هم * وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالتقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لا يوبه وزوجته وولده باطل ان اذلية لمهانة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مة قوله فذلك الحكم ولا نرق في ذلك بين المولى والحكم بخلاف ما اذا حكم عاريا لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واحكاما رجاين دار ولا بد من اجده لان امر محتاج الى الرأي فلو حكم احدهم لا يجوز لانهم اندا راي ابرأ بهما وراي السراخ ليس كراي المني * ولا يصدق ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

على ذلك غيرهما لا نهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل بأشراه

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

مسائل شتى أي متفرقة من شئت تشتيباً إذا فرق * ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسائل .
منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استندراكاً لما فات
من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو منشورة أو متفرقة قليل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها
إلى آخر كتاب القضاء ويمكن أن يجاب عنه بأن ذكر بعضها القضاء بالمواريث والرجم وأنه لجدير
بالأخير لا محال وإن كان علو رجل يسفل لآخر وليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وقد أولا أن
يتنب فيه كوة بغير رضاء صاحب العلو وليس لصاحب العلوان بنبي على ملو ولا أن يضع
عليه جذعاً لم يكن ولا يحدث كنيافاً لبرضاء صاحب السفلى عداً بي حيفه رح و لا جاز
لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رح يعني أن أبا حنيفة رح
أنه يمنع عما منع إذا كان مضراً أما إذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف
لكل واحد منهما في ما لا يضر به الآخر فضلاً مجتمعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه
فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وإنما الأصل عندهما الإباحة
لأنه تصرف في ملكه والملك يقضي الإطلاق فلا يمنع عنه الأبعاد الضرر فإذا لم يكن
ضرراً لم يمنع بالاتفاق * وإنما تظهر ثمرة الخلاف إذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لأن
الأصلاق متيقن واليقين لا يزول بالسك والأصل عدة الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق
به حق محترم للغير وهو صاحب العلوان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقاً وتماق
حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف
في المرهون والمستاجر والاطلاق بعراض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتأمل فإذا
اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا **قوله** على أنه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء
أو نقضه فيسمع عنه استظهاره على المنع لا عادة ما قبل ذلك **قوله** وإذا كانت زائفة مستطيلة مكنة

(کتاب ادب القاضی — مسائل شتی *)

سكة طويلة غير نافذة تشعب عن يمينها ويسارها مثلها على هذه الصورة

فليس لأهل الزناغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزناغة القصوى لأن فتح

الباب للمروور ولاحق لهم في المروور لان المروور فيها لاهلها خاصة

لكونها غير نافذة بمنزلة دارين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم

فكذلك اذا لم يدرى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان يأخذوها بالشفعة

لان تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل

المنع من المرور والامن فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه

اولى ولهذا الوفق كوة ابابا الاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح

لا يمكنه الجمع من المروور في كل ساعة ولأنه إذا فعل ذلك وتفادى العهد ربما يدعى الحق

في التصوي بتركيب الباب يكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع كلام الأصنف ليس فيه ما يدل

على ان الزائفة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام الترمذى والفقيد ابوالليث الا اذا

جعلت الضمير موصوعاً وموضع اسم الإشارة حتى يكون تدبيرة وذلك ضميرنا ذنوبه فيجوز أن يكون

حالا من الزائفتين جميعا لان الاشارة بذلك الى اوسى واجمع صحيحة فيكون من قبيل

قوله تعالى فل ارايتم ان اخذ الله سمكم وابصر اركم وختم على قلوبكم من الذين لا ياتيك به اي

بذلك على احدا الوجهين وان كانت الزائفة القصوى مستديرة تدانق طرفا دهنه كذرية

اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة لكل واحد منهم ان ينتح: ايه في اي

موضع شاء لا يهاجركة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور

في كلهما ولهدايتهم في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصـورة

تو ای که من را می بیند عمو و انگره ای می بیند و درید رجل را می بیند

عليه آخر ان له فيها احتواء النكر واليد بمصالحه، منها اجاز الصلح وهي مسئلة

الصلح على الامارة و سياأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى
الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئاً لا يصح دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولاً
فالصالح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساتط والجهالة فيه لا تعضي
الى المازعة والمانع منها ما يفضي اليها ولتأمل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون
مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئاً
لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلاً عن الفوائد الظهيرية * وان كان الاول لما جاز الصلح
في مانحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم
جواز الصلح في مانحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب
والخصام وذلك يتحقق بالبطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول
للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد بعلام مقدار ما يدعي
فلا يكون رده مفيداً **قوله** ومن ادعى داراً في يد رجل ادعى داراً في يد رجل انه
وهبه له منذ شهرين مثلاً وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسليم وجحد دعواه
ذواليد فسلل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجدد لي الهبة
فاضطرت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه وانام البينة على الشراء
فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي بدعي فيه الهبة لا تقبل البينة فلهذا اقتض
من وجهين * احدهما من حيث ان المدعى ادعى الشراء بعد الهبة صحت قال حـ دني
الهبة فاشتريتها والفاء للاعتباب والسهود شـ د ر ا ب ر ا د فـ ا ب ا ن كانت البينة ذمه له
للدعوى * والثاني من حيث الدعوى نفسها ان ثبت موجب السهاد ذمه له في دعوى
الشراء على وقت الهبة لانه يكون قابلاً وهب لي هذه الدار وكانت ملكي بالشراء
قبل الهبة فكيف ثبت املك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت
الذي ادعى فيه الهبة فثبت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهـ د نـ د نـ د نـ د نـ د نـ

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم افام البيعة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعدم ما قضى او ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض فيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ في ما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيها واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا **قوله** ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية رجل قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه * وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقبول ان لا يخضع معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسحا من جهة اذ التسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتم لاقيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجادوا فانه يجعل فسحا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم التسخ من الجانبين قيل لوجاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجازلا امرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان يتزوج بزوج آخر اقامتهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والكاج لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مبرر العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على التسخ فان العقد لا ينسخ بمجرد عزمه تنزل المصنف في الجواب فقل بمجرد العزم بان كان لا يثبت التسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيتها وما يضا هي كالاستخدام

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة * وبه يندفع ما قال زفر ربح انه لا يحل وطئها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبيعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فوات رضى البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بنسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر * والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قوله ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقرانه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سبعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد فالحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز بها في ما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلام جاز ولو لم تكن من جنسها كان التجويزا استبدالاً وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجبا وهو لا لحاله على ماله حق قبضة لا ماله لئلا ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف ربح بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضة مسام والزيوف له حق قبضة لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فمدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والسهرة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او

(كتاب ادب القاضي — مسائل شتى *)

او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبه رجته لم يصدق لاقراءه بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياذ والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزیوف متناقضا * ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقرب قبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني اعني المقر قبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقرانه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا موصولا ولا موصولا وفي ما بقي لا يصدق موصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الامانة فاما اذا قال قبضت عشرة جياذ افقد اقربا لوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينارا لادينا راكان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا قوله وفي الستوة لا يصدق يعني لو ادعاه بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان موصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوة اولى * وكان الاعتراضين وفعالذ هول عن التدقيق في كلام المصنف رح

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

فان كلامه في ما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزیوف
والنهرجة انه اذا ادعى لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا ام لا لم يصرح بذكره
اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير فهو تغيير موجب الكلام نحو التعليق والاستثناء والتخصيص
وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكرا احد الجانبين فهم الجانب الآخر * بقي الكلام
في ما اقرب الدرهم الجيد وادعى انه زیوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب
عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل
من الكل كما لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب او عن المشائخ رحمهم الله
وقد اختاره المصنف رحمه فانه ما عزا الى شيء من النسخ وتثليد باستثناء الدينار قد لا ينتهض
لان الجودة وصف لا يصح استثناءه فكانه لم يستثن ثم فسر الزیوف بما زيفه بيت المال
اي ردة والنهرجة بما يرد التجار ولعله ارادى من الزیوف والستوة ما يغلب عليه الغش
قيل هو معرب ستو وهي ارادى من النهرجة حتى خرج من جنس الدرهم **قوله**
ومن قال لاخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال
او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته ولا * والاوّل يرد برد المقر له
مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته * والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا
اذا قال لاخر لك علي الف درهم قل ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك
الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقرب بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقربه
لا محالة وقد رده المقر له فيرد قوله بل لي عليك الف درهم غير مقيد لانه دعوى فلا بد لها
من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدق المقر ثانيا لمزما لمال استحسانا وان قال
اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدق به بعد ذلك لان افراره وان كان بما يحتمل
الابطال اكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العامين بالنسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني
المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

التصديق بخلاف الاول فان احدهما لا يفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطمها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والقل كان دليل الفسخ * وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقلين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب * وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ * وان كان الثاني كما اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الا بطلان فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا اذا ادعى على آخر ما لا فقال ما كان لك على شيء فطوعناه نفى الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعي عليه البينة انه قضاه او على البراء قبلت بينته وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء ينلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولما ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقتضي ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقتضي وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء والبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا * فالوادلت المسئلة على قبول البينة عندا مكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى التصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على البراء او العتوا والصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقية جارية

(كتاب ادب القاضي — * مسائل شتى *)

فانكرت واقام البينة على رقيتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف
وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله
ولا رأيك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينتد على القضاء وكذا
على البراءة لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وفضاء وافتضاء ومعاملة بلا حيلة
ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد توزن
بالشغب على بابه فيا مريض وكلاؤه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق
ممكنا * قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته
وقيل تقبل البينة على البراءة في هذا العصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة
قوله ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته هذه ومن ادعى على آخرائه باعه جاريته
هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك فاقام المدعى البينة على الشراء فوجد بها عيبا
لم يحدث مثله في مثل تلك المادة كالاصبع الزائدة واراد رد ها على البائع فاقام
البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير وامر بـ خلافها
والخصاف اثبتته عن ابي يوسف رح و اشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف رح انها
تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكوة اصلا ثم اقام البينة على القضاء
او البراءة قبلت لان غير الحق قد يقتضي فانه يمكن التوفيق فكذلك يجوزهم ان يقول
لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرأني عن العيب فابرأني رحمه
الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من افتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك
يقتضي وجود اصل المعتدلان الصفة بدون الموصوف غير متصور وهو قد استرد ان
متافصلا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقتضي وان كان باطلا على ما مر **قوله** ذكر حق كتب
في اسماء اذا اقرء اي نفسه وكتب صكًا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكرك الحق في
ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فلا بد ان

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما درك فيه فلان من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة رح وقال الاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيناق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيناق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيناق مطلقا واذالم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذالم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجب ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رح ان الكل في مانحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حروا مراته طالق وعليه المضي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع * هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن فام بهذا الذكر نقد فالاولا بل نحقق به بصير كفاصل السكوت وفائدة كتابة ومن فام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من بوكله امثله بالخصوص منه على قول ابي حنيفة رح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة * وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل امثله من بخصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضى فقد استأحقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقبل هو لا حتراف من قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضى بوكالته وكيل مجهول لانه مذهب ابي حنيفة رح فان الرضاء بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت بوجوده كعدمه

* فصل في القضاء بالمواريث *

قد تقدم لنا الكلام في ما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع قوله واذا مات النصراني

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

فجاءت امرأة مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين * احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود * والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لامثلة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذ مات النصراني فجاءت امرأة مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر رح القول فولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك ولما ان سبب الحرمان ثابت في الحال لا خلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا في ماضى تحكما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعده مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآخر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعاً كان القول للسنن **قول** وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر نعتية لدفع استحقاقها الميراث وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبر الاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها بالميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذاك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر الاستحقاق * على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر **قول** ولومات المسلم ولدا امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالتعلل قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتماع نوعا الاستصحاب اما في الارل فلا نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة في ماضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

حادثا فلنظر الى ما كانت في ماضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يحكون موجودا في ماضى هو
من النوع الثاني فلما اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مشبها
وهو بالمثل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا وكان القول قولهم * واما في الدائنة فلان نصرانيتها
كانت ابنة الاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاؤها الى ما بعد الموت والنظر
الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلما اعتبرناه لزم ان يحكون الحال منها
وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به
وقوله ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب
الاوراق فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر ربح في المسئلة
الاولى معارضالا استصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر
في الدفع لا في الاثبات وزفر ربح يعتبره الاثبات ونوقض بنتض اجمالي وهو ان ما ذكرتم
بدل على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى
بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الناحون حاردا عدد الاختلاف لانه استدلال به لا يثبت
الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعى الاستاجر على الاجر من دبروت العيب
اذا وجب لسقوط الاجر واما نبوت الاجر فانه باعقن مسامي الموضع لا يستحقون دايما
لا موحيا فاعتبر هذا واستغن عما في النهاية من استويل قوله من مات وله ثمن يد رجل
اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله ثمن يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فافر المودع
من اجل ان ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه الى المقر له لانه امر
ان في يد حرق الارث بملك خلافة ومن افر بملك شخص عنده ربح فبذم اليه كذا اذا
اقرانه حق المورث ودرجي اتصاله بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض
ارائه اشتراة منه حيب لا يؤمر بالرفع اليه لانه افر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق المبت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغیره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق المبت في المال متوهم فلا يؤخر البقين به * فاذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن او لا فيل يضمن وقيل لا يضمن * وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله * وان سلمها له ان يسترد هائل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المدون اذا اقرب وكيل غيره بالنقض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيد على نفسه لان الديون تنقض باعمالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن المبت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري نصي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لامر احم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر الاول لم يكذب به احد فصح اقراره وحين اقر الثاني كذبه الاول فلا يصح وامتنع بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادعى للاول واجابوا بالنزوم ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من التامحي بعد ما اقر انمو من اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي * واما اذا كان المدفع بقضاء كان في الاقرار الثاني مكذب باشرع فلا يارمه الاقرار ^{قوله} واد اسم اميراث بين الغرماء اذا حضر رجل وادعى داراني يد آخرانها كانت لايه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقربه ذو الدير الا فان كان الثاني واقام على ذلك بينه وبينه على ثلاثة اوجه * احدها انهم قالوا تركها ميراثا ليرثه وام يعرفهم ولا بد دهم وفيه لا تنبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على صدقهم والذين لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمعنى ان

(كتاب ادب القاضي — فصل في القضاء بالموارث *)

بالمجهول متعذر * والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه ولا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضى
 الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق * والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان
 مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا
 غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدرا الطحاوي مدة التلوم بالحول
 فان حضر وارث غيره قسمت في ما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر
 ممن لا يحجب حرمانا كالأب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والابن فإليه
 لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه او فر الصبيان وهو النصف
 والربع عند محمد رح وافلهما وهو الربع والثمن عند ابي يوسف رح وقول ابي حنيفة رح
 مضطرب * فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كقيل بما دفع اليه
 قال ابو حنيفة رح لا يؤخذ ونسب الفائل به الى الظلم * قيل اراد به ابن ابي ليلى * وقال له
 ذلك * وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق تكون الاقرار حجة قاصرة * لهما ان القاضي
 ناظر للغيب ولا يظن بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحسم القاضي
 باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الابى واللقطة الى رجل انبت عنده انه صاحبه
 فانه يأخذ منه كفילה كما لو اعطى نقة امرأة الغائب اذا استنقت في بيته واه
 عند انسان وديعة يقربها المودع وبقيام الكاح ناء، يعرض لها نقة وبأخذ منها كفلا
 ولا يبي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقين او ظاهرا
 ان كان وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بار بما ظهر
 عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا ان هذا لا يضره وهو
 كمن انبت الشراء من ذي اليد او انبت الدين على العبد حتى يبيع فيه بانه يبيع المبيع
 الى المشتري والدين الى المداعي من غير كفيل وان كان حضوره مترا حذرا وعذرا
 آخر في حق العبد فهو فلا يؤخر حق الحاضر حتى يوفى مودعه اليه رمان الكفيل

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحته الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا اقرببه ذواليد يؤخذ منه كفيل بالافتقار كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقرببه لم يبق له فيه مال ولم يثبت للدقوله بحجة كاملة فكان مظهرا ان ثمة الكفالة محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان الكفيل له * ونقل التهرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لابقال الحاكم بأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بنصم ولا يثبت لان الكفالة لنوبق المطالبة كما عروهي من الملية غير متصورة وعورض بان القاضي بان في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت تطعا ارطادرا كما ذكرتم لكن موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان النكاح ليس للحق المبرم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للناظر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذا الزاد من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطله بل خبر بستانس به على نفي الشريك والمعلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف المذكور مما استشهد ابد من المسائل امامه ان النكاح فلان التكفيل فيها ليس ثابت وموصافا به الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ابصارا فصحت ابد واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان * قال في روايت لا احسان بحدس كنفلا بمرنا في روايت احسان بخدمة كنفلا فانوا في شروح الجاهل الصغير المسمى ان الرواية الاولى قول المصنف فلا يصح ان يابس حبس * وقال السبكي ان دعوى المدين باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فديكفل بالاجماع المال المدعى لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع **قوله** وقولا اي يقول ابي حيث قال

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد بخطي ويصيب * ويقرر ان اصحابنا المتقدمين برأء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد يصيب وادعائهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفي **قوله** واذا كانت الدار في يد رجل دار في يد رجل افام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كميل وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند ابي حنيفة رح واما عدم الاستيناق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يدا ميين والترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يده والمقرامين فيجوز ان يترك المال بيده ولا يحنيفه رح ان القضاء وقع للميت مقصود الان القضاء بالميراث ههنا بملك الميت حتى يقضى منه ديونه وتذو صايد ومن وقع له القضاء يعتبر ممن المقضي بيده لاحتمال كونه مختار له وهو ثابت في مانع فمد لا يقص بده بيد غير من هو مختار له * وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيده من هو بيده بخيار الميت ليس بتطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان من بيده عقرانه اما تركه ابي بيده لذلك **قوله** وجحوده جواب عما ذكره وجهه ان الخبر بالبحود اما ان تكون باعتبار ما مضى او ماسياتي والاول فدارت رفع بقضاء القاضي فكذلك الزمة * والاي ظاهر لعدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكذبت في الخريط الطاهر ان لا يحدد في المستقبل لعاه بهدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشيء ونسيان هذا للحادثة واخر اوراق الخرائط امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر انه لا يحكم له بلكايات الدعوى في مشرل والمسئلة بحالها تقدر فيل يزرع من دده النصف الآخر

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

بالاتفاق والفرق بينه وبين العقاران المتقول يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه امانه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل * واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف فيه لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا نزع الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المتقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكور لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب ومن المسائل من قال المتقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة ربح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ * ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق **قوله** وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا تسد نفسه باعطائه والقاضي يطالبه بدفتن ان الخصومة والقاضي لم ينصب لاسانها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا لشيء كان منسأله هذا جانب **قوله** واذا حضر الغائب اختلف المشائخ ربح في وجوب اعادة البينة اذا حضر * فدهم من قال بذلك على قياس قول ابي حنيفة ربح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة الى انه قيل باءددا لم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها * ومنهم من نفاه وهو اختيار مصنف

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

المصنف رحمه الله قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وهو الاصمح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقيين
في ما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجي دينا كان او عينا لان المقضي
له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك
كالوكيلين بالخصومة اذا عاب احدهما كان للآخر ان يخاصم * ولهذا قلنا اذا ادعى
رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل * وكذا اذا ادعى
احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم
للاخلافه لكان كالميت وجاهله استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع
اجاب بقوله بخلاف الاستيعاء بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره
ولئلا ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره في ما زاد ولا محظور فيه
وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا قبل
التشكيك وقوله كما اذا قامت البينة بدبن الميت اي بدبن للميت او عليه كما ذكرناه بيان
لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر **قوله** الا انه استثناء من قوله
لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه * يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة
دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع الترك يد يد ذكره
في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر التضاء
على ما في يده **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين
صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكاة
كالقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعبر هو جنس المال الزكاة
والقليل منه * ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق
به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعبر جنس ما تجب فيه الزكاة
وان لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالمال التي لا تجب في جسها الزكاة كالعقار

(کتاب ادب القاضی — * فصل فی القضاء بالمواریث *)

والرفيق واثاث المنزل وثياب البدنة وغير ذلك وان اوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال بدزفر رح لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس العبد ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشرك وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الا عتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لم يثبت في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات اولائه في معنى الصلوة لانه لا ينتظار او فوات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمناظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلاصة كالوراثة من حيث انها ببيتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاصل ماله وهو مال الزكاة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجها اصلية فيختص النذر بمال الزكاة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهته الصدقة عدد راحة في العشرية فصارت الارض العشرية كمال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد رحمه الله وذكر الامام الترمذي في قول ابي حنيفة رح مع محمد رح لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخمر بسبب الميراث اذ جهته الميراث راحة منه وصارت مثل يد الخدمة * اما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانها من ماله لان مصرفه للمالكين وليس لهم الاعباء ولو قال ما املك صدقه في المالكين بقدر متناول كل مال ركودا في يد غيره فيكون عليه اي بيده رح ذكر في الاء التي كان لها ذكرا اسم من سمي لان امره بثلث على من سمي به في الذكركم الصالحين وكتب الثمن من ذكركم المعتبر في الدنيا في اي من ذكركم في الدنيا

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

التي غير اموال الزكوة ايضا اظهار الزيادة عمومه فان قيل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو محتص بلفظه المال ولا مخصص في لفظه الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء في ما نحن فيه فيختص بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي رح لان الملتزم باللفظين العاصل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله علي ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطال ذلك الوجه بالمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظه المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد ترناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت ايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذة مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج الى ان يسأل الناس من يومه وفيه ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم انا اصاب شبهة تصدق بما يمسك ولم يبين محمد رح في المبسوط مقدار ما يمسك لا اختلاف احوال الناس فيه بكنزة العيال وقلته وقيل بمسك المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وعرض صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا شهرا وصاحب الضياع لسنة لان يدا الدهقان تصل الى ما ينفق ستة فسنه وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة الذرفي ما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظرا ولعله ذكرها باعتبار الرق بينها وبين الوصية التي هي اخذ الميراث **قوله** ومن اوصي اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل المواريث ما ذكرناه آنفا * ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من الميراث بهير عي ربه جازوا اذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رح انه اعتبر الاول

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

بالتالي لان وصف الازالة اي النيابة جامع فان الوصاية انا به بعد الموت والوكالة انا به قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لانيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه صحيح * بخلاف الوكالة فانها انا به انعام ولا به المستتيب والازالة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت الطرقة لخدمة الموكل وفي الاول لو توقفت فانت لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صحيح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمما والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا * وهذا كما ان قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لتبوته ضمنا * فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن علمه من الناس بذلك سواء كان بالغام مسلما عدلا او على اصدار ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الازام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما السهي عن الركالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رح وقالا هو الاول سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة وان العبد في النجاسة ولا يبي حنيفة رح انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب بحصل به الاعلاء واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه بالظن اي كونه خبرا كما أخبر بالتوكيل والاذن وغيرها ليس في معناها ريبا الى ما فيه من نوب الزام كان في معناها فينشط احد شرطي الشهادة وهما العدد والاعتدال ههنا باوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اعتدال

(كتاب ادب القاضي — * فصل في القضاء بالمواريث *)

فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضاً شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله اليه وكيله **قوله** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله في اشتراط احد شرطيهما في ما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد ر ح في المبسوط والاثنان ذكرهما في النوادر والسادسة فاسها المشائخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة * اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل * والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدقه العبد او كذب وان كان فاسقاً وكذبه يثبت عندهما خلافاً له وفيه بئلاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف ر ح ههنا * والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجانيته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق او بيع كان اختياراً منه للغداء وان اخبره فاسق وصدقه فذلك والافعلی الاختلاف عنده لا يكون اختياراً منه خلافاً لهما * واولى النوادر المسلم الذي لم يجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الغرائض لزمته وتركه يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله عليه السلام فالزومه * وثانيتها الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف * والسادسة اذا بلغ البكر تزويج المولى فسكت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبداً للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبداً ميت لاجل اصحاب الديون وتبعض الثمن فباع الثمن واستحق العبد لم تبعض العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا تبعض كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة نصيب الحقوق ويرجع المنتري على الغرماء لان البيع رافع لهم ولهذا يباع بطلبهم

(كتاب ادب القاضي — * فصل آخر *)

ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا
محجورا او عبدا محجورا عليه وهم هنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الزوراء
وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع
الثلث يرجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت نظاهروا وان اقامه
القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب
كعقد المنيوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حيوته ففي ذلك كان يرجع المشتري
عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عاقد مال لهم
وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي ياخذ دينه من ذلك وهما يرجع بداهة
للوصي في ذاك المال ففيه اختلاف * فالوايجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الصدان لم ينفذ في
امر الميت * وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان المندوقع لم يملك يكن له ان يرجع على
غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له
* فصل آخر *

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان
قول القاضي بانفرادة قبل العزل وبندة مقبول **اولا قوله** واذا قال القاضى قد قضيت
اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارحمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه
وسعى ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محد رحمه الله انه رجوع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله
ما لم تكن الشهادة بحصرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحصل الغلط والتدراك
غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي
ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه الحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر بما
يملكه التمسك بالان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عدلا
لهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة او بدونها والاني ممنوع بالاراء

(كتاب ادب القاضي — فصل آخر *)

والاول يجزى الى غير ظاهر الرواية من معينة الحجة ولان القاضي من اولى الامرو طاعة
اولى الامرو واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه * وظاهر الرواية يدل على جواز
الاعتماد على قوله من غير استفسار * وقالوا به اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا
يتأتى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور ررح فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة
الخطاء لعلمه والخيانة لعدله وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق * وان كان
عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر
على وجه اقتضاء الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه
وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصا با
من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول
قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليل او الشبهة غير دارئة وان كان
جاهلا فاسفا او عالما واسعا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل
والخيانة في الفسق **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به
القاضي من قضائه في زمان ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله * فاذا اخبر القاضي
المتنضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلوا ما ان يصدقه في ما قال
فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان
الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الفاءود فعتها الى فلان قضيت بها عايك وال لاخر قضيت بنطع
يدك في حق فقال لما خوذ منه المال والمتطوع يده فعلت ذلك في حال نصاك ثامنا
فالتقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر ما عدله انما يصح
لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالنص ادق ولا يبين
على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضية

(كتاب ادب القاضي — * فصل آخر *)

وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الاخذ بما اقربه القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشئ صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الاخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الاخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعات ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة معهودة صافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكروالقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا دل طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك معلوما بين الناس فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لضافته الى حالة صافية للايقاع * وانما قل هو الصحيح احتراز اعماق شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعلة موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الزمان عنه * واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقربه القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعلا في قضائه بالتصادق لا يؤول الاخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة صافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنه كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الصدان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض التقضي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع من الدعوى في القضاء مخافة الصدان ولو كان المال بائنا في بد الاخذ وقد افترى بما اقربه القاضي آخذ من المال سواء صدقه الماخوذ به ام لا

(كتاب الشهادات)

المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الآخذ اقران اليد كانت
للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

* كتاب الشهادات *

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذا القاضي في قضائه
يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها ما مور
بها قال الله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ فلا بد من حسنة * وهي في اللغة عبارة
عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي
تنبئ عن المعاينة * وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم
بلفظة الشهادة * فالأخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة *
وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات * وسبب
تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات
والابصار في المبصرات ونحو ذلك * وسبب ادائها ما يطلب المدعي منه الشهادة او خوف
فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا * وشرطها العقل الكامل والضبط
والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعي
عليه مسلما * وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك
لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجم جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد
جعلت موجبه **قوله** الشهادة فرض تلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث
لا يسهون كتمانها اكد الفرض بوصفين وهو الزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده
وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر * واستدل بقوله تعالى وَلَا يَأْبَى
الشُّهَدَاءُ اِذَا مَا دُعُوا اي ليقموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤل اليه
وهو بظاهرة يدل على النهي عن الالباء عند الدعوة وبقوله تعالى وَلَا تَكُونُوا الشَّاهِدَةَ

(كتاب الشهادات)

ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه وهو بظاهرة يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احدى البقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت القيص الآخر لا يرتفع البقيضان فاذا كان الكتمان منها عنه كان الاكتمان ثابتا وهو بساوي الاطهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء ومالم يجب لا يثبت فكان اطهار الاداء واحدا * قال في النهاية النهي عن السي لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس صحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه * واما يسطر طلب المدعي لاثبات حقه فيموتف على طاه كسائر الحرق واوقض به اذا عام الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد بضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة والجواب انه الحق بالملوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو في ما ذكرتم موجود وكان في معناه فالحق به لا يقال دد مرآما ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف رح نقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا محالة حيث ان فان قلت اما تجعله شرط وقوله تعالى ولا يدين الشهادة وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة تسائلت نعم لانه خطاب وضع يدل على سببه غيره كقوله تعالى اقيم الصلوة لدلوك الشمس قوله والشهادة في الحدود وسمير فيها الشاهد بين السترو الاطهار الشاهد في الحدود وسمير بين ان يدور ان يظهر لانه بين ان يشهد حسنة لله بيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن ذلك المسلم حسنة الله والاسرار فصل ثانيا وعلا ما الاول بقوله عليه السلام لا يدين شهداء دونه ورحل اقبال الاسامي لوسترته سواك وفي رواية اخرى ان كان خير الك وراية الامام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة فيما دل بيننا من امر عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رخص في ذلك في الدنيا والآخرة على

(کتاب السہارات)

[illegible]

(كتاب الشهادات)

ما ورد في حقهما من قوله عليه السلام اقتدوا بالذنين من بعدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما
ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامهما مقام شهادة الرجال في غير الحد وقال الله تعالى
فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ عَلَى سِيَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ
أَيَّامٍ وَإِنَّمَا خَالَ شِبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ لَان حَقِيقَتُهَا إِنَّمَا يَكُونُ فِي مَا مَنَعَ الْعَمَلَ بِالْبَدَلِ مَعَ امْكَانِ
الْأَصْلِ كَالْآيَةِ الثَّانِيَةِ وَلَيْسَ شَهَادَتُهُنَّ كَذَلِكَ فَانْهَاجَ نَزْرَةَ مَعَ امْكَانِ الْعَمَلِ بِشَهَادَةِ
الرَّجُلَيْنِ وَإِذَا كَانَ فِيهَا شِبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ لَا تَقْبَلُ فِي مَا يَدْرِي بِالشَّهَادَاتِ وَمِنْهَا الشَّهَادَةُ بِتَيْدِ
الْحَدِّ وَكَحْدِ الشَّرْبِ وَالسَّرْقَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ وَاتَّقِصَّاصِ تَقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجَائِنِ الْقُرْبَانِ
وَأَسْنَسِدُ وَأَشْرِيْدِينَ مِنْ رَجَالِكُمْ فَانَّهُ بَعْمُومُهُ يَتَأَوَّلُ الْمَطْلُوبَ وَغَيْرَهُ لِمَا مَرَّ مِنْ عَدْوَمِ
الْمَلْظُ وَهُوَ نَصٌّ فِي بَيَانِ الْعَدْوِ وَالذِّكْوَرَةِ وَالْبُلُوغِ خِلَالِ بَابِ الزَّنا خَرَجَ بِمَا تَلَوْنَا فَبَقِيَ
الْبَاقِي عَلَى تَأْوِيلِهِ **قوله** وَلَا تَقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ السَّاءِ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَمَّا يُقَالُ
دَالِيَّةٌ هَذِهِ عَقِبَتْ بِقَوْلِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وَلَيْسَتْ شَهَادَتُهُنَّ فِيهَا
مَقْبُولَةٌ وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقُرْآنَ فِي الظُّمِّ لَا يَوْجِبُ الْقُرْآنَ فِي الْحُكْمِ وَلَنْ أَوْجِبَ فَعَدَمَ قَبُولِهَا
مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ الزَّهْرِيِّ وَشِبْهَةُ الْبَدَلِيَّةِ فِي شَهَادَتِهِنَّ فَإِنْ فُتِّمَتْ مَا مَسَلَكَ التَّحْدِيثِ
مِنَ الْآيَةِ هَهُنَا اتَّخَصَّصَ أَمْ نَسَخَ نَلَتْ مَسَلَكُهُ مِنْهَا مَسَلَكُ آيَةِ شَهَادَةِ الزَّنا مِنْ هَذِهِ وَهُوَ
أَنَّ التَّخَصُّصَ أَنْ تَنْبَتَ الْمُقَارَنَةُ أَوْ اسْمُ وَقَوْلُ الزَّهْرِيِّ مَضَتْ السَّنَةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ
عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ بَدَلُوا اسْمَ تَقْبِيلِ السَّنَةِ الْأَوَّلِ بِالْقَبُولِ فَكَانَ مَشْهُورًا تَجُوزُ أَعْدَادُ
قوله رَجَائِنِ الْقُرْبَانِ ذَاكَ مِنَ الْحَقُوقِ وَمَا سَمِيَ الْمُرْتَبِتِينَ مِنْ بَقِيَةِ الْحَقُوقِ مَا لَا كَانَ أَوْعِيَهُ
كَأَمْدٍ بِأَنْ لَا يَرَى رَجَائِنِ الْقُرْبَانِ بِذَلِكَ فِي تَعْدَادِ الْخِلَالِ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَعْنَى
الْمُرْتَبِتِينَ بِمَا سَمِيَ رَجَائِنِ الْقُرْبَانِ وَهُوَ السَّامِيُّ رَجَائِنِ الْقُرْبَانِ
مَعَ الرَّدِّ إِلَى الْأَوَّلِ لَمْ يَرَوْا مِنْهَا كَذَلِكَ وَالْجَارَةُ وَالْكَلْبُ وَالْأَجَلُ وَالْطَّيْسُ وَالْأَسَدُ
وَأَنَّ الْأَوَّلَ لَمْ يَرَوْا مِنْهَا كَذَلِكَ وَالْجَارَةُ وَالْكَلْبُ وَالْأَجَلُ وَالْطَّيْسُ وَالْأَسَدُ

(كتاب الشهادات)

فانها لا تصلح للإمارة ولهذا أي ولان الأصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الأربع منهم وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة احباء
حقوق العباد لكثرة وقوعها وندو خطرهما فلا يلحق بهما هو اعظم خطرا وانل وجود اكال كالحاج
والطلاق والرحمة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو
عن القصاص ولنا ان الأصل فيها القبول لوجود ما يثبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي
يحصل به العلم للقاضي ولهذا أي ولكون القبول أصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار
ولنا ان يقول ما ذكرتم مما يثبتني عليه اهلية الشهادة اما ان تكون عليه لها او شرطا لا سبيل
الى الاول لان اهليتها بالحربة والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة
لذلك لاجمعها ولا فرادى * والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من رجوعه وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر
من الحربة والاسلام والبلوغ * واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة
لاهلية قبولها فانها لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحربة والذكورة ايضا
وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادعى بغير لحظة الشهادة
لم تقبل شهادته وان كان ذلك علة استلزم وجودها وجود معلومها وهذا القبول وتلحق هذا
بقدر في كلام المصنف راجح مضاف أي اهلية قبول الشهادة ^{قوله} ^{للمحرف} ^{نفسه} ان الضبط جواب
عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم
بما يبرهن من الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الاشبهة البدلية ولا تقبل في ما يندري بالتشبهات
ونفس في ما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيرها مما يثبت به اما النكاح
والطلاق نظرهما فيهما مع الهزل * واما الوكالة والايصاء والأموال فانها يحري بها كتاب
القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك

(كتاب الشهادات)

ثبتت بشهادة النساء مع الرجال * ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قواه
لتصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن في ما هو مناط الكلف * وبيان
ذلك ان للعقل الانساني اربع مراتب * الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهبولا في
وهو حاصل لجميع افراد الانس في مبدأ بطريقتهم * والثانية ان تحصل البداهات باستعمال
الحواس في الجزئيات فيتميمها لاكتساب الكبريات بالعمرة وتسمى العقل بالملكه وهو مناط
الكلف * والثالثة ان تحصل النظريات المفرة فمنها ما هي شائعة من غير انفراد اليها اركانها
ويسمى العقل بالملكه * والرابعة ان يحصل من هذه الملكة العقل بالملكه فينبغي ان يكون
المسند من هذه الملكة الكلف وهو العقل بالملكه فينبغي ان يكون نقصان بمسند العقل
في تميز البداهات واستعمال الصور في الجزئيات وبالتميز ان كانت في اركانها
في ذلك نقصان كان نكلياتهم دون تدابير الرجال في الاركان وايس كذلك فهو قوله
دينه السلام فانصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلح للولاية والخلافة
والاثرية وبهذا نظر الجواب عن الثاني ايضا فاما **قوله** وعدم قبول الاربع جواب
عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان الناس بقضي قبول ذلك ان لم يترك
ذلك كيلا يكثر خروجهن **قوله** وتقبل في الولادة والبكارة اخص بقول من هو امره
واحدة في الولادة والبراءة والعيوب بالنساء في سوء الادب طمعنا ان اركان التمسك في جميع
هذه الصفات ان لم يعرف في الصفات عكسه كما فهم صاحب الرهايا ان من انفق في ذلك
رجل وامرأة فيقول عاينه السلام شهادة النساء حارة ما لا يساوي اركان الرجال في طوره
روحه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل على الجميع واللام في قوله
في الجنس يساوي الواحد فمؤيد على ما عرف في سورة مؤمنين على ان
في قوله الاربع بقاء على ان كل امرأتين في قوله رجال واحد في قوله
قوله في قوله في قوله ان المذكورة سقطت بالانفاق في قوله

(كتاب الشهادات)

لان نظر الجنس الى الجنس اخف وفي استقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المشتري والثالث
احوط لما فيه من معنى الالتزام واعتراض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء
بنظر الواحدة لخفت نظرهما لما كان نظر الاثنين والثالث احوط من نظر الواحدة والجواب
ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالتزام يقتضي وجوبه
فعملما بهما وفلما بعدم الوجوب والجواز احتياطاً ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة
في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل
امرأة فجاءت بولد لستنا شهر فساد فجدد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة
واحدة * وان قال لامرأته اذا اولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق
عند ابي حنيفة رح وقال تطلق * وان كان الزوج قد اقر بالخبل طلقت من غير شهادة
عند ابي حنيفة رح يعني تثبت الولادة بقول امرأة وعندهما يشترط شهادة القابلة وما حكم
البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للمحاجة الى فصل "خصوصة
بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تؤيد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان الاول كانت
شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان ينضم اليهما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن
بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين ستة وبغرق بعده لان شهادتهن تأيدت
بالاصل وهو البكارة * وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع ادراك ولم ينص
البيع وهو اللزوم فان فلن انها تب يحلف البائع لينضم بكوله الى قولهن لان المبيع قوي
وشهادتهن حجة ضعيفة لم تؤيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع
وهي بكر وقبله بالله لقد بعتهما وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عابه فان قيل
شهادة النساء حجة في ما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتخلف ترك العمل
بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتخلف
فان المشتري اذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من اثبات فياه به في الحال ليتثبت له ولا ينفى

(كتاب الشهادات)

التحليف والا لكان القول للبائع لنفسه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال
وعدا بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي
كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عندا يحنفنه رح
غيره قبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو ما يطلع عليه الرجال فلا تكون
شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانها من امور الدين وشهادتهن فيها
حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ابضاه مقبولة لانه صوت عد
الولادة والرجال لا تحضرها عادة نصار كشهادتهن على نفس الولادة فالجواب ان المعتبر
في ذلك اسكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا يعتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال
الولد عن الام وذلك لا يسار ك الرجل فيه النساء ^{قله} ولا بد في ذلك كله من العدالة
لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسات
الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
ولفظ الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك
الحادثة في ذلك الوقت واما اشتراط العدالة فللقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء
والعاسق لا يكون مرضيا لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الشهادة
حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها معدات
ولان من يتعاط غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف رح
ان العاسق اذا كان وحيها اي اذا قدر وشرف في الناس ذا مروءة اي انسانية والهمزة
وتشديد الواو فيها غنان تقلل شهادته لانه لا يستاجر لوجهته ويمتنع عن الكذب لبروته
والاول بعني عدم قبول شهادة العاسق مطلقا وجهها ذا مروءة كان او لا صحيح لان قبولها
اكرام للعاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك ذل عامد السلام اذا قيمت العاسق فائقه بوجه
مكفهر والمسلم بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة العاسق صح عندنا واما

(كتاب الشهادات)

وأما لفظ الشهادة فلان الصرّح نطقت باشتراطها إذا أمر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ وَأَشْهَدُوا أَنَّا تَابِعْتُمْ وَاسْتَشْهَدُوا شُهَدَاءَكُمْ وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِذَا عَلِمْتَ
مِثْلَ الشَّمْسِ فَأَشْهَدُوا لِأَفْذَعِ وَلَا نَ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ زِيَادَةٌ تَوْكِيدٌ لِذَلِكَ لِأَنَّهَا عَلَى الْمَشَاهِدَةِ
وَلَا نَ قَوْلُهُ أَشْهَدُ مِنَ الظَّاهِرِ الْيَمِينِ فَكَانَ الْإِمْتِنَاعُ عَنِ الْكُذْبِ بِهَذَا اللَّفْظِ أَشَدَّ وَهُوَ الْمَقْصُودُ
بِخِلَافِ لَفْظِ التَّكْبِيرِ فِي الْإِفْتِتَاحِ فَانَّهُ لِلتَّعْظِيمِ فَيَجُوزُ تَبْدِيلُ مَا هُوَ صَرِّحَ فِيهِ بِهِ وَفَوَاهٍ فِي ذَلِكَ
يُرِيدُ بِهِ مَا وَقَعَ فِي الْمُخْتَصَرِ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا بَدَّ فِي ذَلِكَ أَيَّ فِي جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ حَتَّى نَسْتَرْطِ
الْعَدَالَةَ وَلَفْظُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الْوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ مَا تَقَدَّمَ
أَنَّ فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِثْرَامِ حَتَّى اخْتَصَّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَاشْتَرَطَ فِيهِ الْحُرِّيَّةَ وَالْإِسْلَامَ
وَقَوْلُهُ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازٌ عَنْ قَوْلِ الْعِرَاقِيِّينَ فَإِنَّهُمْ لَا يَشْتَرِطُونَ فِيهَا لَفْظَ الشَّهَادَةِ * فَإِذَا
أَنَامَ الْمُدْعَى الشُّهُودَ فَلَا يَخْلُوا مَا أَنَّ يَطْعَنَ الْخَصْمُ أَوْ لَا فَإِنَّ كَانَ الذَّانِبِي قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ
يَقْتَصِرُ الْحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ الْعَدَالَةِ فِي الْمُسْلِمِ وَلَا يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ حَتَّى يَطْعَنَ الْخَصْمُ
لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَاصْحَابِهِ وَسَلَّمَ الْمُسْلِمُونَ عَدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ
الْأَمْحَدُ وَدَا فِي قَدْ فِ وَرَوَى مِنْ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو بْنِ رَاضِي اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الْأَنْزَجَارُ عَمَّا هُوَ
مَحْرُومٌ دِينُهُ وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةُ فَإِنْ قِيلَ الظَّاهِرُ بِكَفَيٍّ لِلدَّفْعِ لَا لِالِاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ نَائِبَةٌ عَنِ الْمُدْعَى
اسْتِحْقَاقِ الْمُدْعَى بِهِ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَالْجَوَابُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ إِذْ لَا وَصُولَ إِلَى التَّنْطِيعِ
وَبَيَانُهُ أَنَّهُ لَوْلَمْ يَكْتَفِ بِالظَّاهِرِ لَاحْتِجٍ إِلَى التَّرَكُّبَةِ وَقَبُولُ قَوْلِ الْمُزَكِّي فِي التَّعْنِيْلِ أَيْضًا
عَمَلٌ بِالظَّاهِرِ لَمَّا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ قَوْلَ الْمُزَكِّي صَدَقَ فَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْأَوَّلِ وَهَلَمْ جَرَّ أَوْ يَدُورُ
أَوْ يَتَسَلَّلُ وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ الظَّاهِرُ هُمَا عَتَرُ الدَّفْعِ لَا لِالِاسْتِحْقَاقِ وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَى
الْمُدْعَى وَانْكَارُ الْخَصْمِ تَعَارَضَا وَشَهَادَةُ الشُّهُودِ وَبَرَاءَةُ الدِّمَةِ كَذَلِكَ وَبِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ
أَنْ دَفَعَ مَعَارِضَ الدِّمَةِ فَكَانَ دَافِعًا **قَوْلُهُ** الْأَقْيَسُ الْحُدُودُ وَالْمُقَصَّاصُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ وَلَا يَسْأَلُ
حَتَّى يَطْعَنَ الْخَصْمُ الْأَقْيَسُ الْحُدُودُ وَالْمُقَصَّاصُ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ لَاسْقَاطِهَا

(كتاب الشهادات)

فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارت فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به
تلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض
بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لاجل
حطام الدنيا فيحتاج القاضي ح الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد ان يسأل
عنهم في السرو العلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة
العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على
تقدير ظهور الشهود عبيدا وكفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان اباحيفة رح
اجاب في زمانه فكان الغالب منهم عدولا وهما اجاباه في زمانهما وقد تغير الناس وكثر
الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة رح لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا
الزمان **قوله** ثم التزكية في السرا علم ان التزكية على نوعين * تزكية في السرو تزكية
في العلانية * فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي وبعثها
سرا بيد اميه الى المزكي سميت بهذا لتستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها
النسب والحلي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون
وغيرة والمصلح اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى كل من كان
عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل
من غيره ولا يكون طماعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح
والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدل يكتب تحت اسمه في كتاب
القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا اخترازا عن الهتك
او يقول الله يعلم الا اذا عد له غيره وخاف انه لو لم يصرح بذلك يقتضي القاضي بشهادته
فمح به رح بذلك ومن لم يعرفه بعد الذافسق يكتب تحت اسمه مستورا ويرد الى المعدل
اي الحاكم ينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والباية

(كتاب الشهادات)

والثالثة أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته بشير إلى الشاهد
لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قديتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية
وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح
لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسري في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
الجارح بالاذى ويروى عن محمد رح انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل
ان يقول هو حر عدل جائز للشهادة لان العبد قد يعدل وقيل بكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار قال المصنف رح وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر
من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحرية وانما يسأل عن عدالة
قال ابو حنيفة رح على طريقة قوله في المزارة من التخريم وعلى قول من يقول بالسؤال
اذا سأل لم تقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ويقبل اذا قال صدقوا
او هم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تجوز تزكيته لكن
عند محمد رح بضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح
مزكيا فان كان فاسقا ومستورا وسكت عن جواب المدعى ولم يجحد فلما شهد واعليه
قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدد شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية
ان في زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
لاشترط العدد فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه ببوت الحق عليه فكان
مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المتبر بالاتفاق والجواب ان المصنف رح قال موضوع المسئلة
اذا قل هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام
مشتد على الاقرار وغيره فيصدق في الافرار على نفسه ويد في الغير للتهمة والجواب انه
لا انرار فيه بالمسئلة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فأنى يكون اقرارا
قولا بهوا اذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني

للمفعول بالانسان الفصل فند ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد ر ح
لا يشترط ان يكون المالك في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك
في ذلك اذ كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي
ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الساهد محمد ر ح ان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضاء يمتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء يمتني
على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيرها كدائستراط
العدالة وتشترط المذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا واجماليه ليس
في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لعظة الشهادة في مجلس القضاء فلا يشترط فيه ما يشترط
فيها سلمنا ذاك لكن اشترط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف
القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون
بالتواتر ورجحان الصدق اما هو بالعدالة لا العدد كما في روايه الاخبار فلم يثبت بالعدد
المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركا ذلك بالصصوص الدالة على العدد فلا يتعداه
الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموانفة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انه
الحق له كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الاحتاق والتعديّة
جميعا قوله ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لا يشترط في المزكي فهما اهليه الشهادة
فصلح العدد مزكبا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما في تزكية العلانية فهو مشروط وكذلك
العدد بالا حماع على ما قاله الخصاص وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية
ينافي عدم اشتراط ذاك في تزكية السر لان المركي في السر هو المركي في العلانية والاشراب
ان الاختصاص شرط ان يكون المركي في السر غير المزكي في العلانية فيحوzan يكون العدد شرط في
احدهما دون الآخر ائنه سائر قوله على ما قاله الخصاص بل في الخلاصة شرط اختصاص ان يكون
المركي في العلانية غير المزكي في السرا ما عددنا الذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فصل

* فصل * *

ما فرغ من درج مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحملة الشاهد وهو على نوعين
احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والافرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والافرار وحكم
 الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد
 عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما بوجهه وكل من علم ذلك دار له
الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون
 وقال عليه السلام اذا علمت صل الشمس فاشهد والافدع قيل جعل العلم بالموجب
 ركناً في الاداء مخالف للصين جميعاً فانهما يدايان على شرطيه لا على ركنيه اذا احوال
 شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
 الى شدة احتياج الاداء اليه **قوله** ويقول اسهده باع اي اذا سمع المدايعه ولم يشهد
 عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اسهده باع ولا يقول اسهدهني لانه كذب ولو سمع
 الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤيته شخص المفرد لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
 للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يتبدل لان النعمة وهو الكلام المحمي
 تشبه النعمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتهى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استاء من قوله
 لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سوا ذم حاس على الباب
 وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد بعده ان دابة لالة
 بست فلان فانه جاز له ان يشهد ح وكذا اذا رأى شخص المتدخل الاقرار لرب البيت الحجاب
 وليست رؤيته الوجه شرطان كره في الاخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة **قوله**
 ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل
 الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاداسمع شاهد اي يشهد بشيء

(كتاب الشهادات — * فصل *)

لم يجزله ان يشهد على شاهدته لان الشهادة اى شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل * والاول اشارة الى مذهب محمد بن حنبل فان يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل * والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملاهم انما يصح ببيان ما هو حجة والشهادة في غيره مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالباتنا لاننا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقعته على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكتنا فيه ان نقول الشهادة على الشهادة لاننا لانعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسمع له ان يشهد لانه ما حملة وانما حمل غيره **قوله** ولا يحل للشاهد ان رأى خطه الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على ان لا يعمل بالخط وبشروط الحفظ ولهذا قلت روايته لا شرطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اى عدم ذلك الشهادة لانها تناقض وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا وعنده فابند في قهطره اى حريته وجاء المتهود له يطلب الحكم ولم يحطوا بالحكم او تضمنه اى وجد حكمه مكتوبا في خبر بطند كذلك فان ابا حنيفة رح لا يرى حوا را الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يحجز من ارب يحفظ كذا دأته ولهذا يكذب وانما يحصل المقصود بالكتاب ان اذا زاه الا ان ادله عدل اني ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قهطره فهو تحت ختمه ناظرا ان اسم - ال سيدد وغيره القاضي ما هو راتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في صك

(كتاب الشهادات — * فصل *)

في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة
 او اخبره قوم ممن يثق بهم ان يشهدنا نحن وانت فانه قيل **لحل** له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل
 عند ابي حنيفة ربح خلافهما **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم
 ان العام شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا بالنسب والموت والكاح
 والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
 وهو استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشارة في الكبر
 وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي بالمشاهدة فكانه من باب الغلب لان العام
 يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل
 فصار كما سبق فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لابد من المشاهدة ووجه الاستحسان
 ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادعى الى الحرج وتعطيل الاحكام
 لانها امور تخص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد بدعنا فيهما احكام
 تبقى على انقضاء القرون كالارت في النسب والموت والكاح وثبوت المالك في قضاء ائمة اخي
 وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والسبب في الدخول فلو لم تقبل فيها الشهادة
 بالتسامع ادعى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل
 هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيء نحن بهذا
 بقوله **واما** يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم في ما نحن فيه فانه اذا يجوز للشاهد ان يسمعه
 بالاشتهار وذلك بالنواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد ومن
 يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهو
 على قول ابي يوسف ومحمد ربحهما الله وامرأان قول ابي حنيفة ربح فلا يجوز الشهادة
 ما لم يسمع ذلك من العاين بحيث يقع في قلبه صدق الخبره وان ثبتت الشهادة عند ادعاء
 يخبر عدلين يشرط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما اذا لانها توجب زيادة

(كتاب الشهادات — * فصل *)

علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذا تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قسما يشاهد غير الواحد اذا الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف النسب والنكاح **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلان بن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ابن ابي فحافة والخطاب ولم نشاهد شيئا من ذلك فاما اذا فسر القاضي انه يشهد بالتسامع ام يقبل شهادته كما ان معايد اليد في الاملاك تطلق الشهادة فانه يفسر بانه انما يشهد لانه رآه في يده لا تقبل كذا هذا واورأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه فاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا رآى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الزوج جازله ان يشهد بانها امرأتان سألته القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه لا يدعي له ان يشهد بالتسامع كما نشهد بامهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى الروية الاولى * وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقدتين للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن ولان او صلى على جنازته فهو عابد حتى لو فسر له القاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال لا نشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادتهما هر الا يصح * واما الشهادة على الدخول بالسهرة والتسامع فقد ذكره الخصاف انه يجوز لانه امر به بطلب به اذ انتام مشهور كما ان كونا فقي عدم نبوانج حرج وتعطيل **قوله** ثم فصر الى ساء في الكتاب بان ان الزيادة بالتسامع هل هي مقصورة في ما ذكر في الكتاب او لا

(كتاب الشهادات — * فصل *)

ففي ظاهر الرواية انه مقصورة وعن ابي يوسف رح آخر انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لخمته كخمته النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر
فكذا على الولاء الا يرى انا شهدان قنبره ولي علي رضي الله عنه وعكرمة مولى
ابن عباس رضي الله عنه وان لم ندرك ذلك وعن محمد رح انها تقبل في الوفاء لانه تبقى
على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف رح ان الولاء يمتني على ارادة مالك
اليمن ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه
الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي رح الشهادة على العتق بالتسامع
لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشائخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا
ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا الله وفى على
هذا المسجد او المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يدركوا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في ذخيرة
قوله ومن كان في يده شيء رجل رأى عياضي دأخر ثم رآها في يد غيره والاول بدعي
الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان ايديهم ما يبدل به على الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين السمع او غيره من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا بالملك والبائع لا يعلم به
كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة الممنوعة بالاحصاء لا بد من
تحكم اليدها انسداد بابها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يذبح بين اليدين لانه لا يصل
في الشهادة العلم بالص و عند اعواز ذلك يصار الى ما يشهد به الغالب بالبرهان
ان يكون هذا اي ما ذكرتم من شهادة الغلب تفسير الاطلاق محمد رح في الرواية وهو
قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في الغلب يقال لو كان ذاك كائنه في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها بالساهد بها استعان العلم به من حماينه اليه ونيس كذلك راجع بانها

(كتاب الشهادات — * فصول *)

جعلنا العيان مجوزاً للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجانبها واراد ذواليدان يأخذها بالشفعة والقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سبباً للوجوب وقال الشافعي رح دايل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاص لان اليد متوعدة الى امانه وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتال فينتفى العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالقسمة العاقبة لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك وان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لعنان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا الا يشهد لانه مجاز في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود به وجهاته المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب ثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم معلوم * الا يرى ان صاحب الملك ان كان امرأة لا تبرز ولا يخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها بجواز الشهادة بالملك مبطلاً لحفيها ولا يجوز ذلك ودررض داند متازم الشهادة بالنسبة مع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المالك ليست بالنسبة الى العيان والتسامع انما هو بالنسبة الى السبب قصد او هو بعد ان يدركه تقدم وفي غير ذلك بنيت المال بالامتناع من وان كان الرابع مجوزاً للثاني لجهالة المشهود به فلا يبرأ اما العبد والاعية مردود الى تراه

(كتاب الشهادات - باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل*)

وفيه أي في النعمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فإن بالشهود البصراء كثرة وفيه غنية عن شهادة الأعمى* والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل ولا إشارة ثمه لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الأعمى* وفي قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن المبت فإن الاحتراز عند جنس الشهود غير ممكن لأن المدعي وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النعمة مميزة للأعمى في ما هو أعظم خطراً من الأموال وهو وطي زوجته وجاريته فإنه لا يميزهما عن غيرهما إلا بالنعمة وذلك تناقض* وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه إشارة أيضاً إلى الجواب عن المبت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف ثم أواجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله مع القضاء بالعمي الطارئ بعد الأداء فهو أن شرط القضاء بتمام اهلية الشهادة وقت القضاء أصيرة الشهادة حجة صدق ولا قيام لها بالعمي فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته* والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالاجتماع فيمنع القضاء والعمي بعد التحميل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء وعند أبي يوسف ربح لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الأغلبية وقت القضاء شرطاً فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنه ووجه ذلك أن الأغلبية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالعقيدة ما بطلت قوله المملوك لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فالولي لا تكون له

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

بعض المشائخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضررا ستأذنه صر ونفسه ونفعه ونفعه نفعه قيل انما يذ
 الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معني قوله عليه السلام
 لا شهادة للغايع باهل البيت من القموغ لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل اما راد
 بالا جبر مسانده او مشاهرة هرا لا جبر او حد فيسبب اي فانه اذا كان كذلك
 يستوجب الاجر بمنفعة وان اء الشهادته من حداته فيصير كالمسأجر عله او هو استحسان
 ترك به وجه القياس وهو قبولها كونه اشهادا عدل فيغير من كل وجه ان ليس له في ما
 شهد فيه ملك ولا حق ولا شهادة اشهاد بسبب اتصال المافع وانما انزله في الاستاذ له
 ووضع الزكوة لنا لكن الاجماع اء مقتضى قول واحد من المولى حجة يترك به القياس *
 واصحابه ان الزجرا لم يترك فدمه ان لان ما فعه بخير مد وكما ان يذ له ان يوجر
 نفسه من غيره في مدة الاجارة ^{قوله} ولا تلة ل شهادته اء ان يوجر من الآخر ولا تقبل شهادته
 اء الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متبذرة والا يدي
 متبذرة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بشه سيغير متصرفته في ملك الآخر غير متعدية
 اليه ولهذا يقتص من اء هذا الآخر وبحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته
 في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم وغيرهم لا يخال في تبديل شهادته اء هذا الآخر نفع
 للساهد لان كلوا اء منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذاك ليس بقصدي بل حصل
 في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانه تقبل
 وان كان له فيه نفع لحصوله صمنا ولما رويناه من حديث عائشة رضي الله عنها
 انه عليه السلام قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها
 ولا الزوج لامرأته ولان الاتماع مصل وهدا لو وطئ جارية امرأته وقال طنت
 انها تحل لي لا يحد وهو في الاتماع هو المقصود من الاموال فيصير شهادته لنفسه من وجه
 او يصير متبذرا في شهادته بجره دفع الى نفسه وشهادة المتبذرة مردودة بخلاف شهادته لغيره

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

الغريم جواب عما ذكره السافعي رح ووجهه ان الغريم لا رايه له على المتهود به
 ان هو مال اديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه غوياً عايجه اذ ان تبني
 يتصرف في المعاودة لايقال الغريم اذا ظفر بمنس حقه بأخذ لار الظهور انه موهوم وحق
 الاخذ بناء عايه ولا يصدق لك الزوجان ^{في} لا شهادة المولى ^{في} لا شهادة المولى
 المولى لبعده الماروباه والابن الشهادة له منه اذ لا يثبت من وحده ارضه من الوجود كما
 لا يثبت ايمان يكون على العبد دين او ايمان كان الاول فهي له من رخصه من تحل
 هو عرف روي بين ان بصير العبد للشراء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يفتي
 للمولى كما كان بسبب فضاء دينه وان كان الراني فبهي لدن كل وجه لار العبد وما
 يباحه مولا ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه ولنا من كون الحال موتوفاً مراعي
 لانه ان ادعى بدل الكتابة صراحه او ان لم يؤد ادركه كانت شهادته لنفسه ولا شهادة
 الشريك لشريكه في ما هو من شركته الا ان يصبر شاهد التسدي في البعض بذلك باطل واد
 بطل البعض بطل الكل لتكونه غير متحررة اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بها ليس
 من شركتهما بطلت لامتاع ابيهما وبنهما ^{في} شركتي ^{في} ان اما اذا اراد ان يشاركه
 فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والخصاص والمباح لان ما عداه شرك
 بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه ^{في} لا تقبل شهادته ^{في} لا تقبل شهادته ^{في} لا تقبل شهادته
 وشهادة الرجل لعمول سائر الارباب غير المولى انما هي الشهادة به من راء لا كونه وبها
 ولا تقبل شهادة شخصته في العرف من عرف بالودي من الاول اي التمكن من التاثير
 فاما ادبي في كلامه بين وفي اعضائه تكسر به ومقتضى الشهادة ولا يثبت ولا يثبت
 لارتكابهما المحرم طمعا في المال والاد ايل على الحرة يهي السبي بها السر من الوجود
 الاحتمس اللائحة والمغيرة وصف الصوت بصفة صاحبها والمراد بالاشناسي نروح في هبة
 خبرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني لله ومعه في جميع الادب ان في انزاد

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

إذا وصي بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه وإن لم يتدبره بقوله للناس وقبده في ما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مد من الشرب على الأثر ولا أن ارتكب محرماً دينياً والمراد به كل من ادعى على شرب شيء من الإشرية المحترمة خمر كانت أو غير هاء من السكر فينفع الذبيبة والمصنف * وشرط الإدمان لظهور ذلك عند الناس فإن الغنى بسرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن كان ككبره ولا من يلهو بالسير ولا بهو رث فغناه لا يبرهن بها على الإدمان على الشهادة مع إيمان بعض السادة به فهو صريح على نوع لعب ولا بد أن يقف على عورات النساء بعد ردها عنه لئلا يبرهن ذلك فسقاً فاما إذا كان يستأنس بالخدام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة إلا إذا خرجت من البيت فأنها تأتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته وهو يبعد ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلاً للحرام وفي بعض السخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغن عنه بقوله ولا من يغني للناس فإنه أعم من أن يكون مع آله الله أو لا * وإما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق وهذا يقيد بكونه للناس حتى لو كان غناءه في نفسه لازماً وحشداً لأبأس به عند عامة المسائين ردهم له وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي واختاره المصنف رحمه الله تعالى لأنه يجمع الناس على أن ما كبره وأصل ذلك ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه دخل على أبيه البراء بن مالك وهو يغني وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم * ومن المسائين من كره جميع ذلك وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على أنه ينشد الأشعار المباحة التي فيها الوطء والحكمة وإسم الغناء قد يطنق على ذلك **قوله** ولا من يأتي بأبأس الكبراء من أنى بشعر من الكبراء التي يعلق بها الحد فسق وسقط عدد الذين ذكروا على أن كبره أعم مما فيه حدان بل وإنه لالحجاز وإنه الحديث هي السبع التي ذكرها

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ذكره رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احدا من ثلثة * الفمار * او تفويت الصلوة بالاشتغال به * او كثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف رح لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان * ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقط للعدالة مجردا لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا * ويجوز ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك **قوله** لان الاجتهاد فيه مساقا قيل لان مالكا والشافعي رحمهما الله يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما يجوع عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلوردت شهادته اذا ابتلى به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى **قوله** ولا من يفعل الافعال المستحقة وفي نسخة المحقرة وفي اخرى المستحقة وفي الاخرى المسخفة كلها على اسم المفعول سوى المسخفة بلنظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف وهورقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والا كل على الطريق اي البول بين الناس لان فيه ترك المروءة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهمه لا تقبل شهادته من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون رضي الله عنهم منهم ابو حنيفة رح لظهور فسقه وقيد بالاطهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح انه قال لا قبل شهادة من سب اصحاب رسول الله

(كتاب الشهادات - باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

عليه السلام واقبل شهادة من يثبأ منهم وفرقوا بان اظهاره سفه لا ياتي به الا الاسقاط
السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد دينا وان كان على باطل
فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطا بية منهم والهوى ميلان النفس
الى ما تستلذه من الشهوات وانما سموا به لما بعثهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج
والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم
كلوا حد منهم يفرق اثنتا عشرة فرقة وقال الشافعي رح لا تقبل شهادة تهم لانه اخطأ وجوه
الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد شرمته من حيث التعاطي * ولما انه فسق من حيث
الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا
فصار كحفي شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا ابا حنيفة فانه
لا يصير به مردود الشهادة والخطا بية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى
ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لانه كان يزعم ان عليا
رضي الله عنه الآله الاكبر وجعفر الصادق الآله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى
منهم شيئا على غيره يجب ان تشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم بتبريد
شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل الا لا يمكن التهمة في شهادة تهم ان كانوا كما قيل فاني لسا
قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة
عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تبات لقوله
عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة
على اهل الملل كلها والجواب انه يخالف لقوله تعالى وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِعَصْمِهِمْ اَوْلِيَاءُ بَعْضٌ
وَالْمُرَادُ بِالْاَوْلَايَةِ دُونَ الْمُوَالَاةِ فانه معطوف على قوله تعالى مَالَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ
فالعطف قد يمتد تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق
قال المستعالي يَا كَاذِبُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادة من لا تقبل *)

تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا وصار كالمتردد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه وخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى رضي الله عنهما ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه وارلاده الاصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فان قيل المأمون لهم اهلية على جنسهم وخلاف جنسهم دون الذمي فبطل القياس والجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وَأَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا واعترض بان الله تعالى قال مَنْ تَرَضَوْْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق * وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين اياه من حيث الاعتقاد والباطني ممنوع والاول مسلم اكن كافرا او كذابا ليس هو بباطن الكافر يجب تجنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محرم دينه يمتنع لئلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهو انكم اذا كذبوا بذكر الآيات مع ما هم عليه من حقيقة ما قال الله تعالى وَجَعَدُوا بَيْنَهُمْ أَنْ يَتَّقِيَهُمْ ظُلُمًا وَعُلُوًّا اجيب بان المراد بهم الاخبار على عهد رسول الله عليه السلام الملتواطمون على كتمان بعثته وقرآنه لا من بعدهم بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقتون على كون الكذب على احد محظورا ان هو محظور الاذيان كلها **قوله** بخلاف امرت جواب عن قوله وصار اجابة أَرَادَ اللَّهُ لَا يَلِيَهُ لَا عَلَى نَفْسِهِ وَلَا عَلَى أَوْلَادِهِ وهي ركن الدليل **قوله** وَلَا يَلِيهِ لا يلدن من اهل البيت على المسلم جواب عن قوله ولهذا لم تقبل شهادة على المسلم وعده يقال لو ادخلت اهل البيت في الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ان كرتهم ووجهه ان لا يتدب الاضاف الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

كالتركي والرومي لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث **قوله**
بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي
على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك
ففيه الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه
بالنص وهو قوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ولا نص في المستأمن
فتقبل شهادة الذمي ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا * وفيه اشارة الى ان اهل الذمة
اذا كانوا من دارين مختلفتين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم
بخلاف المستأمن **قوله** وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر
من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرائض ويجتنب الكبائر والاصرار
على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون في الشرع
اغلب من الهامه بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالهام الصغائر لا يفضي
الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحباؤها وتقبل شهادة الافلاف وهو مؤمن
لم يختن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدل الا اذا تركها استخفافا
بالدين فانه لا يبقى حعد لابل مسلما وابو حنيفة رح لم يقدر له وقتا معين اذا المقتدير بالشرع
ولم يد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قد روه من سبع سنين الى عشر وبعضهم
اليوم السابع من ولادته وبعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختنا اليوم السابع
لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة
الخصي ولا نها قطعت ظلما فصاركمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يبرو
عليه كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن فنسقهما اولى وقال مالك رح لا تقبل شهادته
في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله والكاف زائدة كما في قوله تعالى لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ
فبتهم فلنا الكلام في العدل وحبته ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

به سلمنا لكن لانسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل وامرأة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ
فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي
ان لا تقبل شهادته في الحدود والنقصا كالنساء لاحتمال ان تكون امرأة **قوله** وشهادة
العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه
كان يعني ابا حنيفة رحمه الله بغير شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق
الواجبة كالخراج وزكاة السوائف لان نفس العمل ليس بفسق فان اجللاء الصحابة رضي الله عنهم
كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعدوان السلطان معينين
على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **قوله** وقيل العامل اذا كان وجهه في الناس ذا مروءة
لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لغلله يريد به اذا كان عوانه على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك
لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثله بما مر من ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لو جاهدته
لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولما به لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وتبيل اراد
بالعمال الذين يعملون بايديهم ويواجهون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل
شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة رد القول لهم لان كسبهم احيب الاكساب لان النبي
عليه السلام افضل الناس عند الله من باكل من كسب يده فانه يوجب جرحا **قوله**
واذا شهد الرجلان ان اباهما وصي الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما وصي الى
فلان ارشدها لموصي لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان لاديت
عابدهما دين او شهد وصيان انه وصي الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخاف
ان يكون الموت معروفا والوصي راغبا ولم يكن * فان كان الثاني لم يجز في القياس
في الاثني الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سئذ كره * وان كان الاربعة
جرحا في الاثني لا يجوز لانها شهادة عليهم يعود لمنعه اليه بنصب من يقوم بالحاجة

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة ملتهم وجد الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكبه من نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظ الاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية من ينصبه والى يته وهو لاء بشهادتهم اكفوة مؤنة التعيين لم يشترطوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اترفابعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي اذ اذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما دين فانه تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكل ملائ يقبض ديونته بالكوفا فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يسلك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قوله ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجرد او غيره لانه لا يخلوا ما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفرد لتجردة عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولك ان تسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا ربا بالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف رح بوجهين حد هما قوله لان النسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ودفع الالتزام وسماعها انما هو للحكم والالزام وثانيهما قيل وعليه الاعتماد ان في الجرح المفرد هتك السترو هو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب السترو تعاضى اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

معدلين في العلانية فيسمع منه الجرح المفرد واجب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقولوا
لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأل القاضي تغاديا عن التعاصي واحترزا
عن اظهار الفاحشة وليس في مانحن فيه ذلك * وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم
السماع يفيد اجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا **قوله** الا انه استثناء
من قوله لان النسق وهو متعلق اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى انه
اقتران شهودي فسقط فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهر والله حاشه
وانه احكم من غيرهم وهو المدعى والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا
بان المدعى استاجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد فضم الاستيجار اليه ليس بمخرج
نه عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه
اجنبيا عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة على ان المدعى استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا
الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان
جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على انبي
صالحات الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور
وقد شهدوا وطالبهم بذلك المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم بانه جرح
مجرد غير مسموع **قوله** ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق
العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وفيما لما قلنا من الدليلين في الجرح
المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك، وهذا اسهل والمعنى ان اقام المدعى عليه
البينة ان الشاهد عد او محدود في القذف او سارق خمر او سارق او قاذف
او شريك المدعى قيات لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة
او اقوالا، ان بعد فاما انه يثبت الرق وهو ضعف حكسي اثره في سلب الولاية وهو حاشا انه
ومحرمه، ان بعد فاما قوله انه محدود في القذف لانه يحتاج به حكمه ومركبه في الحد

(كتاب الشهادات — باب من تقبل شهادة ته ومن لا تقبل *)

المشهود شهادة ته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد النذف وحد السرقة فان قيل
في هذه الشهادة اظهار العاقبة كما في ما تقدمت فكيف سمعت فالجواب ان اظهار العاقبة
اذا ادعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام ان كروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد
لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه
لانها يدفع بان يقال للقاضي سرا ولا يظهري في مجلس الحكم * وعلى هذا في اقامة البينة
على ذلك اعتباران * احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول * والثاني لاقامة الحد
وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالنهمة
كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعى او ابوه **قوله** ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال
او همت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بشيان ما كان يحق علي ذكره
او زيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي او اتيت بما لا يجوز لي * فاما ان يقول
ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما
ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغريب من احد
الخصمين اولا * فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده
في موضع شبهة او غيره * وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع شبهة مثل ان يدع
لفظة الشهادة او ما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعى او المدعى عليه او الاشارة
الي احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك لفظة الشهادة انما يتصور
قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشرط لا يتحقق بدون الشرط *
واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل هي
خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشائخ
لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك
بقوله او همت وبما نفي او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس

(كتاب الشهادات — باب الاختلاف في الشهادة*)

البصري بالبصرة* او ادعى شق زقه وتلاف ما فيه به وشهد بانسنة عنه* او ادعى عقارا
 بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه* او ادعى انه ملكه وشهد انه
 ملك ولده* او ادعى انه عبده ولدته التجارة الغلايمة وميد برلاد في غيرها لم تكن الشهادة
 موافقة لدعوى* واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا يبرى ان المدعى يقول ادعى
 علي غيبه بي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك قوله ان تقدم
 الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت في ما يراونها وانما من بي ما
 يخالفها اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها لان القاضي نصب لتصل الخصومات فلا بد منها
 ولا يعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فليقدم ما يهدرها من التأكيد
 واما عدمها عند المخالفة فلو جرد ذلك لان الشهادة لتتصدق الدعوى فاذا خالفها نفذ
 كذبتها فصار وجودها وعداها سواء ويبحث من وجهين* احدهما ان يقال ان دعوى
 شرط قبول الشهادة وقد وجدت في - ابو حنيفة - وهو ما لم يكن رجلا - ان لا يبرى
 وجود المبرور والناهي له عند المحدثين كذا - ان - المبرور - المصدق -
 حتى يبرى من كلام المدعى والجواب عن الاول ان - ان - ان - ان - ان - ان -
 ساعد على صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا اوجب دعوى المدعى وجب ان
 يبرى دعوى المدعى وانما لا يبرى لان وجود الشرط اسلم بحدوده وعن القاضي ان الاصل في البر
 ان يكون الفاعل عاقل دول ابي يوسف ومحمد ردهما لانه لا شرط عند المدعى اصح دعوى
 فرجها جانب الشهود عملا بالاصل **قوله** وبعتبر اتفاق الشاهد بين في اللفظ والمعنى
 عندا بي حيث يروح الموافقة بين شهادة الشاهد بين شرط قبولها كذا كانت سران بين الدعوى
 والشهادة ردها في خلقها في اياها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
 فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بل لا خلاف واختلاف اللفظ من حيث اللفظ لا يبرى
 بل لا خلاف ولهذا اذا شهد احداهما بالحب والآخر بالحقية يعني مقولته* اما اختلاف بحيث يدل بعضه

(كتاب الشهادات سنة * باب الاختلاف في الشهادة *)

على مدلول البعض الآخر بالنصن قد تقدمنا دأب حنفية راجح وجوزاه فان شهدا أحدهما بالف
والآخر باليمين لم تقبل عده وق لا تقبل على الالف اذا كان المدعى يدعى الالفين
وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطفلة والطفقتان والطفلة والثلاث لهما اثباتا
على الالف او الطفلة وتغردا أحدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك ثبت فيه المتفق عليه
دون ما تغرد به أحدهما كما اذا ادعى الف وخمسائة وشهدا أحدهما بالف والآخر بالف
وخمسائة على ماسيجي ولا يبي حنفية راجح انهما اختلفا لفظ لان أحدهما مفرد والآخر تنية
واختلاف الالفاظ افراد أو تنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة
وان ثبت بالتنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به
عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مبائنا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما
شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلا فهمما هذا كما ختلا فهمما في جنس المال
بان شهدا أحدهما بكر شعير والآخر بكر حطة قبل ذلك في المبسوط اذا ادعى الفين
وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها
بين الشاهدين فما جواب امي حنفية راجح عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس
حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد
أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولتأمل ان يقول قد تقدم في تلخيص
الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الف وخمسائة وانكر المدعى عليه خمسائة
وشهد شاهدان بالف فالتعاضد يقول يحتمل انه ابرأ عن خمسائة واستفاد الشاهد علما
بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق * وبين هذه المسئلة
وما نقلت من المبسوط ما ترى من التناهي فالحق في الجواب لا يبي حنفية راجح ان يحمل
ما نقل من المبسوط على ما اذا وفق الشاهد يدعى البراء والايفاء ولا يلزم ابا حنفية راجح
ما اذا قل انما وجهها طلعتي نفسك ثلثا فطلعت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة

(كتاب الشهادات — *باب الاختلاف في الشهادة*)

واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الغافنه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن وليس في مانحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء **قوله** واذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسائة جملتان عطف احد لهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه * ونظيره اذا شهدا احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهدا احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصا راصتا ثنتين كالالف والالفين * هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر وما اذا ادعى الأقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطله لتكذيب المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبذلك لا يثبت شيء فان قيل لم يكذب الالف البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما تقضي بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما انكره اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للعاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشروط فتفسيقه لا يبطل الاقرار **قوله** وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الأقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق في ما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسائة ولكن استوفيت خمسمائة او ابرأتها عنها قبلت للتصريح بالتوفيق * وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اوجه * اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر **قوله** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاء منها خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاء منها خمسمائة قبلت شهادتهما

(كتاب الشهادات — باب الاختلاف في الشهادة *)

بالألف لا تفاهما عليه ولا يسمع قوله أنه قضاة لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخران قبل
 شهادة من شهد بالقضاء متافضة لأنه إذا قضاة خمس مائة لا يكون للمدعي على المدعي عليه
 ألف بل خمس مائة لا غير واجب بان قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض
 العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاة منها خمس مائة شهادة على المدعي
 بقبض ما هو غيره ما شهد به أولاً وهو الدين فلم يعد متافضاً وعن أبي يوسف راجح أن تقبض
 بخمس مائة لأن سائر القضاة مضمون شهادته أن لاديين الأخد خمس مائة لأن التمس بطريق
 التملك لما وجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمس مائة لم يكن
 الدين الأخد خمس مائة فصار كذا إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمس مائة وفي ذاك بقضى
 بالألف كما نال في الألف والدين إلا أن محمد بن راجح خالفه ههنا لأن ذاك في أن يكون السداد
 بالألف وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك * وجوابه ما قلناه إلهما اتفقا على وجوب الألف
 وتفردا أحدهما بالقضاء والقضاء يتلوا الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب
 من شهد بقضاة خمس مائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضى بشهادته وجوابه سأتى
قوله وينبغي للساهد يعني أن الساهد بقضاة خمس مائة إذا علم ذلك ينبغي أن لا يسهل
 بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كما لا يصح دعواه على الظلم عامة بدعيه وغيره حتى
 وفي الجامع الصغير رجلا شهد على رجل بقرص ألف درهم فشهد أحدهما أن يراه
 فالشهادتان جائزة على القرض لا تفاهما عليه وتفردا أحدهما بالتصايع العرفية بين مسلمة
 الجماعة وبين ما ذكرت قبله أن في مسلمة الجماعة شهد أحد الساهدين بقضاة ألف درهم
 وفي ما شاهد شهد به فرداً فخالف من الجماعة ما أنه لا يقل وهو قول راجح إلا أن المدعي
 أكد ما ذكره من أن الساهد بالكتاب في خبر اليهود الأول وهذا قد نص
 في الكتاب في ما ذكره من أن الساهد بالكتاب في خبر اليهود الأول وهذا قد نص
 في الكتاب في ما ذكره من أن الساهد بالكتاب في خبر اليهود الأول وهذا قد نص

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

واما كذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيد ابوم الحرب بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهد بن في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيد ابوم النحر بمكة وآخران بقتل يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضى القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احدهما كاذبة ييقن اذا عرض الواحد اعنى القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقص بما ليست بمنها **قوله** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها فطع سواء كان اللونان يتساويان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عندا بحقيقة رح وهو الاصح وقيل ان كانا متساويين قبلت والا فلا وان اختلفا في الدكورة والاثوثة لم يقطع وقالوا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السواد غير سرقة البيضاء فلم يدم على كواحد منهما ماصاب الشهادة ولا قطع دون دفعهما كما لو شهدا بالغصب والمساومة بحالهما فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحداهم لكونه مما يندري بالنسبات وفيه اتلاف نصف الادمي فصار كالذكورة والاثوثة في المغيرة * ولا يبي حنيفة رح ان التوفيق ممكن لان الحمل في اللبالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتساويان كاحمرة واصفرة او بجنمعا بان يكون بقاء احد جانبيه اسود ببصرة احدهما والاخر ابيض بساهدة الاخر وان كان التوفيق ممكنا وحس القبول كما اذا اختلفا شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين * احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال لا ثبات الحد وهو انقطع والحد يحتمل لدرة الاثباته * والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتمدا لم يصرح به في ما يثبت بالنسبات فكيف يعتبر اسكاه في ما يدرأ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لا ثباته لو كان في اختلاف ما كعائنه وهو من صلب الشهادة كيان قيمة المسروق اعلم هل كان نصا

(كتاب الشهادات آية سب * باب الاختلاف في الشهادة *)

فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق واهمالها فاعتبار
 التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لا مكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان
 لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة واما بكلفا نقله الى مجلس
 الحكم بخلاف المذكورة والانوته فانهما يكلفان النقل بذاك لان القيمة تختلف باختلافهما
 فكان اختلاف في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعبارا مكان
 التوفيق اريقال التصريح بالتوفيق يعتبر في ما كان في صلب الشهادة واما مكانه في ما لم يكن فيه هذا
 والدعا عام بالصواب **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسألة الغصب بان النحل يلزم به
 ان الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والدكورة والانوته جواب عما استشهد به
 من الاختلاف بهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذاك بالتقرب منه فلا يشتبه ليحتاج
 الى التوفيق **قوله** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على آخرانه باعه
 هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة
 فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته
 وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيرة بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به
 يمنع قبول الشهادة فان قبل لانسام ان المقصود اثبات المقيد المقصود هو الحكم به واما ملك
 والسبب رسالته ايمه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود اي يرتب
 الحكم بان ملك ان يرد ان مقصود ثبوت الملك لا دعاء وهو لا يحتاج الى سبب
 معين وان السبب دعوى الملك المتعلق بتحديد مكان مقصود السبب فان قيل الشريعة
 ممكن ان يرد ان يكون الثمن اربعا او في الثمن وعرف به احد هذان الزاويين
 بان السبب دعوى ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب
 ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب
 ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب ان يرد ان السبب

" (كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *) "

فلا يقال اشترى بالف وخمسائة ولهذ يأخذ الشفيع بأصل الثمن قوله ولان المدعي يكذب احد شهاديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى * اما الاول فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة * واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره ان بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة لويقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المتصورة وعن الثاني بان قوله الشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ وبخاصة لادنى البدلين وكذا الخاع والاعناق على مال والصالح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعناق والغفوءاء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسائة والمرأة تدعي الف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسائة والعبد يدعي الف او قال ولي القصاص صالحك بالف وخمسائة والقاتل يدعي الف فهو بمنزلة دعوى الدين في ما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الف اذا ادعى الف وخمسائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المائتين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه يتبى الغفوء والعناق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

[illegible]

(كتاب الشهادات — * باب الاختلاف في الشهادة *)

المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف
في المال كالعالم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا
قوله والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح
الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير
عن الابتدال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهد بين فيها
فيست الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقتضي بالادل لاتفاقهما عليه
واعترض عليه بان فيه تكذيب احدا الشاهدين واجيب بانه في ما ليس بمقصود
وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد
المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور
في الدعوى ويلزم مهر الملل والجواب المذكور ليس بدائع لذلك كما ترى والجواب
ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدبن والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول
بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف رح ويستوي دعوى اهل المالين
او اكثرهما بكلمة او بالصواب كلمة الواو بدلالة يستوي وقوله في الصحيح احراز ما
قال بعضهم انه لما كان كالدبن وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدبن واليه
ذهب شمس الائمة وجهه ما في الكتاب ان المظور اليه العقد وهو لا يخالف باحد من البديل
لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود اعنى الدبن
وقال ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج
فاجماع على انها لا تقبل لان مقصودها فديكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس
الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول ربا الحلاف في العصلين يعني ما اذا كانت
المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج
يدعي العقد والمال والمرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة

(كتاب الشهادات — * فصل في الشهادة على الارث *)

على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد اولا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك
وقالا يوجبونه وقد ذكر المصنف رح دأيلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

* فصل في الشهادة على الارث *

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع
واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجبر والنقل وهو
ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له لانه قال
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد منه خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الميت شرا
الوارث لكون الوراثة خلافة لحي اذ يريد باليعيب ويد عليه به واذ كان كذلك صارت الشهادة
بالمالك للمورث شهادة به للمورث وهذا يفول ان ان ملك الوارث يتجدد في حق العين
ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للمورث الغني ما كان صدقة
على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مشبها لانه
يكفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لتبوت الانتقال ح فمورثا
على قيام بدله لان الابدي عند الموت تنتقل يد ملك بواسطه الضمان اذا طاع من حال المسلم
في ذلك الوقت ان يسمى اسما به يمين ما كان بيده من الودائع والمقصود باليمين
انها ودية ناطقة من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل المالك لانه
قد يكون البدل بدلا من الودائع فبذلك الكتاب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير صدقة
بالتحصيل بان يدوت ولم يمين انما ودية فلان لانه ترك الحفظ هو تعد يوجب
الضمان * وذا كانت هذه الامانة بيد علي دار انما كانت لايده اعراضا او اودعها المادي
هي في رد ذلك باحد هار الا ان الميراث مات وتركها ميراثا له لانه قال ابو يوسف رح
فلان لا يوجب الجبر في الشهادة لانه عند هذا بل ان يد الميت عند الموت عيني عن الغير
وقد يحدث لان المورث المورث يد الميراث المورث ومن اقامها اليه كان في بدله

كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *

فلان ملك وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كأنه أقامها على
 انها ملكه عند موته * وان أقامها انها كانت لاييه ولم يقولوا مات وتركها ميراثه لم تقبل
 عندهما لعدم الجرم ما قام مقامه ويقبل عند أبي يوسف رح شهادتهم بملك المورث
قوله وان فاء الرجل حي مسئلة اتى بها استطراد اذ هي ليست من باب الميراث
 وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينه انها كانت في يده
 لم تقبل وعن أبي يوسف رح انها تقبل لان البدن متصودة كالمالك ولو شهدوا انها كانت
 ملكه قبلت فكذلك اهدا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعى فانها تقبل
 وترد الدار الى المدعى وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد
 منقضية نزول بالسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكلما كان كذلك فهو مجهول
 والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اى البدن متنوعة اى بد ملك
 وامانه وضد كذا ما كان كذلك فهو مجهول والمتعارف باعادة المجهول متعذر بخلاف
 الملك لانه معلوم شرعاً لا بد من العلم بالملك لا بد من العلم به وهو وجوب
 الرد لان يدنى البدن من وبد المدعى مسبوقة بالشهادة خذ وأد من المصبر والحق
 زواله بعده ما كانت كالمعين المحسوس عدم زواله وان اوردك المدعى عليه بجنى اذا زال
 المدعى عليه هذه الدار كانت في يده هذا المدعى دفعه اليه لان الجهالة في المقربة لا تمنع
 صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه ذلك دفعه اليه لان المشهود به
 هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقربة وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم
 فنشهد واعلى اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئاً جازت الشهادة ويؤمر بالبيان

* باب الشهادة على الشهادة *

الشهادة على الشهادة لا يجوز فارجح شهادة الاصول فاستحققت التأخير في الذكر * وجوزها
 استحساناً والاعيان لا تشفي لان الاداء عبادة بدنية ازمت الاصل لاحقاً للمشهود به

(كتاب الشهادات باب الشهادة على الشهادة *)

لعدم الاجبار والامانة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسوا حوارها في كل
حق لا يستط بالشهادة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض
فلولم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهدا جوزت وان كبرت اعنى الشهادة على
الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اى اكن فيها شبهة البدلية لان البديل ما لا
يصار اليه الا بعد العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بان لو كان فيها معنى
البدلية لما حاز الجمع بينهما لعدم جواز بين البديل والمبدل ولكن لو شهد احد الساهدين
وهو اصل و آخران على شهادة شاهد آخر جاز و احيب بان البدلية اسمى في المسهودة
من المسهود فيسجد العروة وهو شهادة الاصول والمسهود به شهادة الاصول هو ما عينوه
منه ايدى المدعى و اذا كان كذلك لم تكن شهادة العروة بدلا عن شهادة الاصول
فلم يمتنع تمام الاصول بالعروة و اذا ثبت البدلية فيقبل في ما يستط بالشهادات شهادة
الساهدين مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب
بعدم العصمة وفي شهادة العروة تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع ان الاحراز
بحس السهود بان يزيدوا في عدد الاصول و اذا شهد بهم حتى ان عدد اركانهم
قام بها الباقون والاصل في الحدود و انما ص **قوله** في تحوير شهادته من اى امر
ان بشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين و لى شعبي رح لا يجوز لان
على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الاخرين اربع على كل
اصل اثنان لان كل شاهد من اثنان مقام واحد من اركانها فلو كان شاهدان
لم تتم حجة القضاء بشهادتهما و قوله اى رضى الله لا يجوز على شهادة رجل الا
رجلين ما باطلاته يفيد الاكفاء و ان من غير تبيين بان يكون دارا كل صل من راي
الشهادة رضى على قوله و لا يقول على رضى الله عنه معنى و معناه ان فلان شهد

كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشاهد

بحق من الحقوق اذا شهد ابها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الاخر ~~فان~~
 بحق آخر غير الاول * بخلاف شهادة المرافقين فان نصاب الشهادة لم يوجد لانهما بمنزلة
 رجل واحد * ولا تشمل شهادة رجل واحد على شهادة واحد خلا والمالك رح قال الفرع قائم
 مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في اصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضوره وشهد
 بمسئته واعتبره ذابروا بوايه الاخبار فان روايته الواحدة مقبولة * ولما ماروبيا عن علي رضي الله عنه
 وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق ولا بد من نصاب الشهادة بخلاف
 رواية الاخبار **قوله** وصنعته الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعية
 وكيفية شهود العروغ شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء العروغ فقال وصنعته الاشهاد
 ان يقول شاهد الاصل لساهد العروغ اشهد علي شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
 اقر عدي بكذا واشهد بي على نفسه لان امرع كائنا ثبت عن الاصل ولا بد من التحميل
 والتركيب على ما مر وانما ثبت عنه لما مر ان العروغ ليس بائب ثابت عن الاصل
 في شهادته بل في المسهود به ولا بد ان يشهد الاصل بما امرع كما يشهد الاصل عند القاضي
 لينقله مثل ما سمعته * ويحوي ان يكون معه كما يشهد العروغ عند القاضي والاول اوضح اتوا
 لينقله الى مجلس القضاء * وان لم يتل الاصل عند التحميل اشهد بي على نفسي حازلا
 من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يتل له اشهد **قوله** ونقول شاهد العروغ
 هذا بيان كيفية اداء العروغ الشهادة يقول شاهد العروغ عند الاداء اشهد
 ان فلان بن فلان اشهد بي على شهادته ان فلانا اقر عدة بكذا وقال لي اشهد على
 شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
 والعمارة المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي لشهادة العروغ عند الاداء
 لفظ المول من هذا وان يقول العروغ عدي حسي اشهد ان فلانا اشهد عدي ان فلان
 على فلان كما من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانما

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة)

[illegible]

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

تغية ذقوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره ضرورة في حقه فباعثا ردا يشترط الامر
فصار كمن لدولة في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال
الولاية عليه وهذا كلام حسن بسد الخلل واما عبارة المشائخ رحمهم الله فهي مشككة ليس فيها
اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد **قوله**
ولا تقبل شهادة العرّوع وقد تقدم ان مجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجد فلا يجوز
ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا
مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحاكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز
الاصول عن اقامتها واما اعتبارنا السفّر لان المعجز بعد المسافه ومدة السفر بعيدة حكما
حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والعطرو امتداد المسح الى ثلثة ايام وعدم
وحوب الاضحية وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف رح انه لو كان
في مكان لو غدا الاداء السجدة لم يصح ان يموت في هذه صحته لا الشهادة فاعلم المخرج
واحباء الحق الناس قالوا الاول لم يصح ان يموت في هذه صحته لان العجز شرعا لا يحتمل
به كما في سائر الاحكام انني عدت هذا من موانع الحكم ليسوع كان العجز والى بي
ارفق وبه اخذا بوالثب وكثير من المشائخ وروى عن ابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه لا يقبل
وان كانوا في المصر لانهم يفلون فويلهم فكان كمن اقرارهم بان عدل اليهود الاصل سحر
الذرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصليهما وهما في وجود
اربعه ام ان يعرفهما العاصي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون العرّوع او لا يعرف
فان عرفهما بالعدالة تصبى شهادتهما وان لم يعرفهما بسأل عنهما وان عرف الاصول
دون العرّوع سأل عن العرّوع وان عرف العرّوع دون الاصول سأل عن الاصول وان عدل
العرّوع الاصول دست عدانهم وذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التوكيد لكونهم
على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان عدل احدهما الاخر صح لما قلنا انه من اهل

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

التركيب، وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشائخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان منهما فاشرا الى رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد في ما شهد ليصير مقبول القول في ما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم تكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وان لم يس له في الحقيقة نفع ينوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدل وحكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في دال الاصول بان يسأل من المركب غير الفروع عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذ لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولا يبي يوسف رح ان املا خوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذ انزلوا عند اقاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم وشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول اولاتيل ذاك وقولهم لا نخبرك سواء مكانه اشار اليه بقوله فاذ لم يعرفوها وقال شمس الاكبرية الحلواني رح لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول خبرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة وقالوا ما في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع ^{قوله} وان اشهد رجلا على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على ثلاثة فلاته بنت فلان الغلانية بالمعنى ومن وقالوا اخبرنا الاصل ان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأته وقال الفرعان لا نعلم اني هذه ام

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة *)

ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة
ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بدكر حدودها وشهودا على المشتري بعدما انكر
ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان على ان المحدود بها
في يد المدعي عليه وكذا اذا قال المدعي عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود *
وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدين شهدا عندني ان فلان بن فلان الفلاني
على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه
ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور
في هذا الكتاب يمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة
على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته وفور ولايته يتعذر بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل
كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الغر وع غير منسب ان العدد من شأنهم دون الكتاب
لان ديانته وفور ولايته مقام العدد والحوال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة
وباب كتاب القاضي فلانة التسمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة
يعني التي لا خاصة دونها * قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة
ثم الفضيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ * وقال في غيره ان الفضيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح
السين تجمع القبائل والقبائل تجمع العمارات بكسر العين تجمع البطون والبطن
تجمع الفخذ وسكون الخاء تجمع الفضائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف
لا بد من الاتصال بالنسبة العامة والتسمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ذو النجبين بينهم * ان القحطانية اسماء بنين واسامي ابائهم وتصل بالنسبة الى الفخذ
لانهم اجدتهم في النجد وان كان يتم بدكر الجند عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ولا والابي يوسف رح علي ظاهر الروايات فدكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة * فصل *)

اسم الجدا الاعلى فينزل منزلة الجدا الادنى في النسبة وهو اب الاب

فصل

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشتهر في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد
بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيرة تعزيرة عند ابي حنيفة رح فقوله ولا اعزرة
يعني لا اضربه وقالوا نوجده ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي
عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام
وهو سواد التقرا وبالحاء المهملة من الاسخم وهو الاسود لا ينال الاستدلال به غير مستقيم على
مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه منلة وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير
الى اربعين لان مقصودهما اثبات مانعاه ابو حنيفة رح من التعزير بالضرب فانه يدل
على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وان اراد على ذلك كان محمولا على السياسة و
قوله ولان هذه ابي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ
مِنَ الْأَوَّانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ بالسنة وهو ما روي ابو بكر عن ابيه رضي الله عنهما
ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشرار بالله وعقرق
الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا و قول الزور وشهادة الزور فزال يقولها حتى
فلت لا يسكت ويتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيها حد متد ر فيعزر
ولا ابي حنيفة رح ان شربها كان يهرو ولا يضرب وكان ذلك في زمان عدو علي
والصحابه متوافرة رضي الله عنهم وما كل يخفي ما دمه عليه عليهم وسكتوا عنه فكان كلهم يهرو
وحل محل الاجداع والار المتصودع الانحرار وهو يحصل بالنسبة فيقيد في دواء رب
وان كان مبالغا في الزجر لضعف قديته مانعاه الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف
نذير رجوع وفاء تراجع لانه يترقب فوجب التخييف من هذا الوجه وذاك بترك الضرب
وحديث عمر رضي الله عنه لعل ما في السبيل من دلائل يبلغ الى الاربعين وهو نهى عن سب

(كتاب الشهادات — * باب الشهادة على الشهادة * فصل)

قال عليه السلام من بلغ حدافي غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تأويل
شمس الأئمة وأوله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفصيل فان الخجل
يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى وَإِذَا بَشَّرَ أَحَدَهُمْ بِالْأُنْثَىٰ طَلَّ وَجْهَهُ مَسْوَدًّا وَتَفْسِيرُ
التشهير ما نقل عن شيخ رضى الله عنه انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا الى قومه ان لم يكن
سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اى مجتدعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الأئمة ان عندهما ايضا شهر والحبس والغزير ومقدارة مفوض الى ما يراه
القاضي ولم يذكر المصنف رح ان هذا الاختلاف فيمن كان ثائبا او مصرا او مجهول
الحال * وقد قيل ان رجعا على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجعا
على سبيل الاصرار بعزر بالضرب من غير خلاف * وان لم يعام حاله فعلى الاختلاف الذي
قلنا * ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور
فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المسائين ستة اشهر وعند آخرين سنة
قالوا والصحيح انه مفوض الى رأي القاضي * وان كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان
عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف رحمه الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم
فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء * وروى ابو جعفر عنه تقبل فالوا وعليه الغنوى
قوله وفي الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي
اقر على نفسه بذلك فاما انبات ذلك بالبيئة فليس بصحيح لانه نفى للشهادة والبيئات
شرعت للانبات ولم يذكر الذي شهيد بقتل شخص نظهر حيا او بموته فكان حيا او بالدرته
واما لانه لا محيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك وشهدت وهذا
بمعنى كذبت لا فرارة بالله هادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك والله اعلم بالصواب *

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات والخبرة عن فصل شهادة الزور وظاهر ان الرجوع
عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونه زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه
دبائلا لان فيه خلاصا عن عتاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان الوافي مجلس
الحكم رجعا عما شهد نابه او شهدنا بزور في ما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده
فان كان الاول ستطت الشهادة عن اثبات الحق بها على العزم لان الحق انما يثبت
بقضاء القاضي ولا قضاء هملا لان القاضي لا يفتي ولا يفتي ولا يفتي ولا يفتي ولا يفتي
بالا تلاف ولا اتلاف هملا لانهم لا يفتي ولا يفتي ولا يفتي ولا يفتي ولا يفتي
اما على المدعى عليه فظاهر وامالى المدعى ولان الشهادة ان كانت حقا في الواقع
ورجعا عنها صار كاتمين للشهادة والافضل ان كان مزورا وان كان اذني لم يمسح الحكم
لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام الثالث ساقط العبرة عنه لا وشرا فلا ينتقض
به حكم الحاكم كمال البردي الى النسب لذل لان له لو كان معنرا لجاز ان يرجع عن رجوعه
مرة بعد اخرى وليس لبييض على غيره ترجيح فيتم اسل الحكم وفستينه وذلك خارج
عن موضوعات الشرع ولان الكلام الاخر في الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان
في ذلك ساداه واحتج به الى الرجوع وقد ترجع الاول ما اتصال التصا به فلا يفتي به
وعالمهم صان ما اتوا به من ادعاءهم لا يارتم على انفسهم بسبب الصمان نقضاء القاضي
وان كان على القاضي كذا كما يجب ان يفتيهم فكان التسبب منهم قد يارتم في الحكم اليهم
كافي في حقه الزور والافضل ان كان مزورا وان كان اذني لم يمسح الحكم
الافضل ان كان مزورا وان كان اذني لم يمسح الحكم
الافضل ان كان مزورا وان كان اذني لم يمسح الحكم
الافضل ان كان مزورا وان كان اذني لم يمسح الحكم

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وهو مختص بمجلس الحكم والرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان نسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاذلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقة لا يرتفع مادامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب على ارتعاها وينبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء ولا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بابتداء لكونه اسهل منه لا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمية في الكايج ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجباية والسر والاعلان والاعلان وشهادة الزور حادثة في مجلس الحكم فالقاعدة بما تقرر، فان الرجوع في غير مجلس القاضي ولو ادعى المشهود عليه رجوعها وادعى على ذلك منه او عذر من اوارده بحلف الشاهد له لم يذلل القاضي بيته عليها ولا يحكمه لان المبدأ لا يرد من زعمان على دعوى صحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم بطلت من لوازم اقراره رجوعه عن نفي حلفه، المال لبلت بيته لان السبب صحيح والصميم الممسك في حقه لا يجوز ان يكون السبب ردها حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون المدعى ردها طالب من القاضي تضمينه والالف واللام في قولان السبب دال من المصالح الى ورفعه الى اي السبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم بل هو المدعى ومنه ان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عن الحاكم وليس صحيح لان المدعى ردها حينئذ ليست به طائفة تدل على قبول البينة، لا وجوب المدعى ان يرضى به فان كان مال محكم الحاكم به ثم رجعا صما المال للمدعى عليه من المشهود عليه علمت من قوله

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكره البيان خلاف الشافعي رح ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي رح لاضمان عليهما لانهما سببا للاتلاف ولا معتبر به عند وجود المباشرة قلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذ لم يمكن اضافته الى المباشرة وهما كذلك لان المباشرة هو القاضي واطافة الضمان اليه متعذرة لانه كالمجأ الى القضاء بشهادتهم لانه بالتأخير يفسد وليس بمجأ حقيقة لان المجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الدس من تعدد القضاء ذلك فراجع فيتحصل انحرار الخاص لاجابته - رامتياؤه من المسمى ايضا لان الحكمه اذ لم تقدم باعتبار التسبب فان قيل ما بال كله كم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالفصل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كما لمباشرة حتى يجب القصاص وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما القصاص جعل المسبب كما لمباشرة قلنا فعل المباشرة الاختياري قطع النسبة وصار شبهة كما سيجي والشافعي رح جعله مباشر ابا روي عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذ ارعوا علمت انكما تعمدتما لقطعتم ايديكما والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المنعة لرجعت والمنعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمان بعني ان الضمان انما يجب على الشاهد من ان قبض المذعي فانضي له به دية كان او عبدا وهو احتيا رشمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالتبض وفي ذلك لاتعاوت بين العيين والدين ولان دية بني ابيهم على المباشرة والامم للدين اخذ العيين والرام الدين وما في ذلك انها اذا التزموا به سبب رتبهما فلوضد منهما نيل الاداء الى المذعي كان قد ادته وفي هذا عهد في المذدين

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

دين ولا مماثلة بينهما و^{فرق} شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف مقيد بالمثل* واذا كان المشهود به عينا فالشاهد ان يشهد تهما ازالة عن ملكه اذا اتصل القضاء بها* ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عايه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنقضي المماثلة* واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنقضي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي **قوله** واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من يبقى نصف الحق* قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باقي بالحجة التامة واستحقاق الملتف يسقط الضمان في ما اذا اترف انسان مال زيد فقضى القاضي له على الملتف بالضمان ثم استحق الملتف عمرو واخذ الضمان من الملتف سقط الضمان الثابت لزبد بقضاء القاضي على الملتف فلان يمنعه بطريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

الراجعان نصف الحق قيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باثنيان رجوع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما * اولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمتنضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمننت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمننتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع بمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقيات فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اصداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند هذا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف الاثنيان وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعيب القيام بنصف الحجّة فلا يتغير هذا الحكم بذكر النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادتهن ضمننت عند الرجوع ولا يبي حنيفة ربح ان كل امرأتين فامتا مقام رجل واحد بالص فان عليه السلام في نقصان عدلتهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادتهن رجل واحد وان اكدنا كرجل واحد صار كانه شهد بهد لكب سائر رجالهم رجوعيا وفي وجدد الا انه الحديث عن ذلك شرعا لما ينتم لوفال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بتا ارجع الباء ارجع اطلق ولم يقيّد بان ذاك في الابتداء ثم كور اسكان الاطلاق كنادا كراي رجعت النسوة المصرون والرجل كان عليهن نصف الحق عند جميعه ما

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يثبت ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة
بمال ثم رجعا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم
فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا **قوله**
وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا
فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان
المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمن
يقضى للماملة بالنص على ما عرف ولا ماملة بين العين والمنفعة **قوله** وانما يضمن
ويتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكنت بالتملك كذلك لان الخارج
هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدي الحالتين تقومها في الاخرى
لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتقوم بالتملك ابانة
لخطر المحل لانه محل خطير لحصول السبل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة
الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي
وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بمون الله تعالى وتأييده وكذلك
ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها الا ان اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو زيد ايسرا شيء بمثل قيمته
ثم رجعا لا يضمنان **قوله** وهذا لان منبى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون
بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم الماملة بينهما فلا يثبت به بطريق الدلالة
وان شهدا بكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاهما من غير عوض وهو يوجب
الضمان **قوله** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا
فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمن شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان
قيمته الغين ضمنا للبائع الغال انهما اتلفاهما الجزء الذي هو في مغالبة الالف من قيمته بلا عوض

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ولا فرق بين ان يكون البيع بائناً او فيه خيار للبائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقتضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والنمن لا تلاهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يستقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائد والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذا العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلما وجب البيع في المدة لم يضمن شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بان تطلق امرأته قبل الدخول بهائم رجعا صما نصف المهر لانهما اكد ما كان على شرف السقوط بالارتداد وبمطابقة ابن الزوج وعلى المؤكّد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم و يرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان العرفة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه جعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع* وانما قال في معنى الفسخ لان الكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه شبه الفسخ وان شهدا على رجل انه اعتق عبده فقتضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مال له العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك العتق شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

بأنه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمانا
 اتلاف وأنه لا يختلف بذلك **قوله** وإذا شهد بقصاص ثم رجعا إذا شهدا على رجل
 بالقصاص فاقص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح
 يقتص منهما لوجود القتل منهما تسببا فاشبه المكره أي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره
 أن كان اسم الفاعل أو فاشبه القاضي المكره لأنه كالمجأ بشهادتهما حتى لو لم يرا الوجوب
 كفران كان اسم مفعول وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بمجأ إلى القتل
 بل أولى أي التسبب ههنا أولى من الإكراه لأن التسبب موجب من حيث الإفضاء
 والإفضاء ههنا أكثر لأن المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيلاء
 فكان هذا أكثر إفضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبب فمن الشاهد أولى ولما ان القتل
 مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لأنه لم يختلف فيه أحد وليس له تعلق بما نحن
 فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره
 وهو تكلف بعيد وكذا تسمي بالان السبب إلى الشيء هو ما يفضي إليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك
 لأن العفو مندوب إليه قال الله تعالى **وَإِنْ تَعَفَّوْا فَرُبَّ لِنْتَوِي** بخلاف المكره فإن الإكراه يفضي
 إلى القتل غالباً لأن المكره يؤثر حموته ظاهراً **وَلَقَاتِلْ** أن يقول ظهوراً بذراحمته أمان أن يكون شرعاً
 أو طبعاً فالأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص
 والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التسفي بالقصاص ظاهراً
 ولهذا تنزل فقال ولأن الفعل الاختياري يعني سلماً أن ثمة تسبباً ولكن الفعل الاختياري
 يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره والعلة ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح
 فيقطع نسبته إلى الشهود سلماً أنه لا يقطع نسبة إلى الشهود لكن الأول أن يورث شبهة
 يندري بها القصاص فإن قيل لو أوردت شبهة لاندفع الدية أيضاً لأنه بدل القصاص
 أجاب بقوله بخلاف المال لأنه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوطه إسقاط بالشبهات سقوط

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ما ثبت بهما وقد تضمن هذا الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكروه لان اختياره فاسد واختيار المكروه صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فيجعل المكروه كالألة والعلة الموجود منه كالموجود من المكروه وموضعه اصول الفقه * وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الوالي معهما او جاء المشهود بقوله حياً فلواي المقتول الاختيارين تضمنين الشاهد بن وتضمنين القاتل لان القاتل متاف حقيقه والشاهد بن حكمه والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الوالي لم يرجع على الشاهد بن بشيء لانه ضمن بفعل باسيرة نفسه باختياره وان ضمن الشاهد بن لم يرجع على الوالي في قول ابي حنيفة ربح خلافهما * فالأكثر ما عاين للوالي فيرجعان عليه * وقال صاحب الاتلاف المشهود عليه حكماً والمضاف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم **قوله** واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التاف مضافاً اليهم ولورجع الاصول وقالوا لم تشهد شهود الفرع فما ان يقولوا لم تشهد الفرع وع على شهادتنا او يقولوا شهدناهم غاطين او رجعا عن ذلك فان كان الازل فلا ضمان على الاصول والاحماء لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاسهاد على سبب ادتهم ولا يسطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصاركما لو شهد الاصول وقضى سبب ادتهم ثم رجعوا * وان كان الثاني فكذلك عدد ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال محمد ربح ضدواهما ان القضاء وقع بشهادة الفرع لان انه اصي انصبي سابع من من الكثرة وقد عاين سبب ادتهم والموجود من الاصول سبب ادتهم في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سبب الانكشاف وان انكره من رابعه ان سابعين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والاصول كمال بشهادة الاصولين وان رجعوا بعد انهم صاروا كأنهم ما حضرا بانفسهما وسبب ادتهم رجعا وثاني

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

٤٢

وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولورجع الاصول والفروع جميعا فعد ههنا
يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رج
المشهود عليه محير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء
وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وبشهادة
الاصول من الوجه الذي ذكره محمد رج والعمل بهما اولى من اهمال احدهما
فان قيل فام لم تجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المبلغ اجاب بقوله
والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة
الاصول ولا مجانسة بينهما ليحل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان
على كل فريق كالمفرد عن غيره * وتأخير دايمل محمد رج في مسئلتين يدل على اختيار المصنف
قول محمد رج وان قال شهود العرع كدث شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الى ذلك لان ما مضى عن انقضاء لا يبتض بقولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل
والاحسان عليهم لا انهم ما رجعوا عن شهادتهم انما سهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك
لا يفيد شيئا **قوله** وان رجع المزكون عن الزكية صدموا اذا سهدوا بالزنا وزكوا فرحم
المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيد او كفار فان ثبتوا على الزكية فلا ضمان عليهم لانهم
اعتمدوا على ما سجدوا من اسلامهم وحررتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس
انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقل شهادتهم اذا لا شهادة
للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال * وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا
صدموا عدائي حنيعة رج خلا والهدا لان المزكين ما ثبتوا سبب الاتلاف لانه الزبا وما
تعرضوا له وانما اتوا على اسهود خيرا لاضدان على المنهي على الشهود كسهود الاحصان
وله ان الزكية اعدال للشهادته اذا انقضى لا يعمل بالشهادة الا بالزكية وكل ما هو كذلك
فهو بمنزلة علة العانة من حيث الاثر وعلة العانة كالعلة في اصابته التحكم اليها * والله تعالى

في معنى العلة لان الشهادة ليست بعلّة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر
 الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فاده شرط محض لان الشهادة على الزنا
 بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا
قوله واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعدة ان دخلت هذه الدار
 فانت حرا وقال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولهما ثم رجعا جميعا
 فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفررح فانه يقول الضمان عليهم
 لان المال تلف بسوء دتهما * وفلما السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب
 دون الشرط المحض لان السبب اذا صالح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط
 كحافر البئر مع الملقى فان الضمان عليه دون الحافر **قوله** الا يرى توضيح الاضافة
 الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد
 بالدخول ولورجع شهود الشرط وحدهم اختلف المسائخ فيه وما لشمس الائمة السرخسي
 الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط * وفي ما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى
 ورجع شهود الشرط من بعض المسائخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها
 ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلافا عن العلة وشبهه بحفر البئر * قبل وهو غلط
 بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال يصح ما به في الردادات لان
 قوله انت حر منه لا تلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة
 دون الشرط سواء كان بطريق التعدي اولا * بخلاف مسئلة الحفر وان الائمة هناك نقل
 الماشي وليس ذلك من مائة الاتلاف في شيء بل ذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط
قوله ومعنى الاستدراك به صورة المسألة وقد قدمنا في صدر البحث والله اعلم

* كتب الوكالة *

عقبه استوفى بالوكالة لان الايمان خفي مدنا بالطبع يحتاج في معاشه الى ناصد

(كتاب الوكالة)

الى تعاوض وتعاوض والشهادات من التعاوض والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثرنا خيرها * والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكَّله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كأنه فاعيل بمعنى فاعول لانه موكل اليه الامراي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم * وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فَاَبْعُوا احَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ولم يلحقه الكبير * وبالسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشري الاضحية * وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا * وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وقلت واشباهه وروي بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فداك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قوله كل عقد حازن بعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مما لا احتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صحح ان النبي عليه السلام وكل بسراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الصابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جازله يستقرض نفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والدعي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجوز جازان بعقد الذمي بعنه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر شراءها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رح اجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم النبي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر

(كتاب الوكالة)

بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع له وبان التوكيل بالشراء جائز
 وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لما نفع وقيل عدم المانع في الاحكام
 الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
 الدراهم المستقرضة وهي ليست له الا يقال هلا جعلتم المحل فيه بداها وهو ملك الموكل لان
 ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعتقد الانسان بنفسه
 هو ان يكون مستبدا به والتوكيل ليس كذلك والذمي جائز، توكيل المسلم والممتنع توكيل
 المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكيل وان صح النبوة وقد
 وجد المانع وهو حرمة اقترانه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وانس بدنه سمون واعترض
 على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائز
 وان لم يكن ثمه عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى
 في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة
 للعجز خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز
قوله ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة
 وكذا بايائها واستيفائها بالخصومة ولما قد صاه من تخفى الحاجة ان ايس كل احد
 بهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عتيلا في الخصومة
 لكونه ذكيا حاضرا الجواب وبعده ما سن عتيلا وفرد توكيل عدا الله بن جعفر واما بايائها
 واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود وانما ص فان الوكالة
 باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تدعى بشبهات لا باتباع
 فلا يستوفى بها بغيره من ذلك من ضرب شبهة كافي كتاب النكاح في النكاح
 والتهان في عاى الشهادة وشبهه بالساعة مع ارجال قرا وشبهه بالعدول على انصاف
 لان الحدود لا يعنى بها ان يتردد من شخص الى شخص بل يشبهت ودي مرجع لان شبهة

(كتاب الوكالة)

شبهة العفو ثابته حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَىٰ وفيه خلاف الشافعي رح يقول خالص حق العبد يستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تدري بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذا الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلته هدايته اولا لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وابغائها واستيفائها واستثنائها ايناء الحدود والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص ما خلدت في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رح مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا ما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره ولا يبي يوسف رح ان التوكيل انا به والا نابه فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحتز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيناء ولا يبي حنيفة رح ان الخصومة شرطا من شرط لان الوجوب مضاف الى الجباية والظهور الى الشهادة والشرط الملح من الحقوق يجوز للموكل مباشرته ويجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقوام المقضي واما في الابقال المانع وهو الشبهة بوجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة في الشبهة في الشرع انما لم يمنع بالوجوب في الشرع والوجود بخلاف

(كتاب الوكالة)

الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور
وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكلا بالجواب يدفع ما عليه وكلام
ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع *
الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في الغنوص صحيحة لكن هذا
الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس
صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه
الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل
بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم
قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بها الا برضا سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا
بالمرض والسفر وقال لا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح قال المصنف
ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضا
هل يرتد بردة او لا عند يرتد خلا فالهم * **فعلى** هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم
فيكون ذكر اللزوم وارادة المازوم وفيه نظر لاننا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف
ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذاك ليس بمجاز * **والحق** ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا
فلا * **والا** جدا من قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا * **لهما** ان التوكيل
تصرف في خالص حقه لا بد وكله بحساب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك
حفظا له حاله والتصرف في خالص حقه لا يوقف على رضا غيره كالوكيل بالتقاضي
اي بقبض الديون وابائها ولا يبي حنيفة رح اننا نسلم انه تصرف في خالص حقه
فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس التقاضي والمستحق للغير

(كتاب الوكالة)

للغير لا يكون خالصا له * سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا
لم يقف ربه غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو فلنا بلزومه
ينسرب به فيتوقف على رضا كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على
رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ
قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب
غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التزل ان توقع الضرر اللازم
بالمريض والسفر من آفات التأخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل
الاسهل * والمريض المانع عن الحضور هو الذي يمنعه عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة
او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف
وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح * وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقيق
الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال
عن رفقائه كما في فسخ الاجرة ولو كانت انخصم امرأة مخدرة وهي ممن لم تجر
عادتها بالبر وزو حضور مجلس الحاكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت
لم يمكنها ان تطق بحققها لحياتها فيلزم توكيلها قال المصنف رح هداسي استحسنه المتأخرون
واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة رح بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر
والثيب في عدم جواز الوكالة لاذالا بالعدلين المذكورين وعددهما كذلك في جوازها
وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل **قوله** ومن شرائط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا التقيد
وقع على نول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن
شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في النخع ولو وكل
نه جاز عنده ومن ساء هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعيان اي بملك التصرف

(كتاب الوكالة)

الذي وكل به * واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف * وقوله وتلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام والاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطاً واحداً وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطاً واحد الزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاسيما مع وجود المانع وهوفوات رأيه قوله لان الوكيل دليل على اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملك محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم ويتنقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان املك يثبت له حلافة عن الوكيل في ما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا الجوار ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عارض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويستلزم ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الشرط

(كتاب الوكالة)

الغبن الفا حش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفا حش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد على دة نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذ وكل الحر البالغ او الماذون البالغ منلهمما جاز ويفهم جوار توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالكا للتصرف والتوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والتوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبياً محجوراً عليه او عبداً محجوراً عليه او فعل الماذون ذلك جاز لا انتفاء ما يمنع ذاك اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة لانه لا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبء من اهل التصرف على نفسه مالكا له وليس له ان يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي المتصرف اهلية واجبة لحق سيده وبعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من ان يملك الحق المولى وقد زال والاصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصورا اهلية حيث لم يكن قوله بمرافق حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم تلزمه بعد البلوغ * وانما قيد بقوله محجور اهلية فيهما اشارة الى انه لا يملك ما دونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فله لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بئمن مؤجل لم يلزمه فيه ساء واستحسانا بل يكون على الامر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وليس ذلك انما عند التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكالة والصبي الماذون

(كتاب الوكالة)

يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشئ بثمن حال فالقياس
ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري
من حيث الحكم فانه بحسبه بالنمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه
والصبي الماذون من اهل ذك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل
وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد
وفي بعض السخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار العسخ لانه ما رضي بالعقد الا
على ظن ان الحقوق تتعلق بالعقد فاذا اظهر خلافه بنخير كما اذا عسر على عيب لم يرض به
قوله والعقد الذي بعده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقد ها الوكلاء على ضربين
ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل واخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيعة الموكل
الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال السافعي رح نتعلق بالموكل
لان الحق تابع لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا تابعه
واعترض بالرسول ردا وكيل في الداخ ولما الى الوكيل هو العاقد في هذا الضرب خفيه وحكما
اما حقيقته فلان حكم العبد يعوم بالذلام وصحة عمارته لكونه آدمي له اهلية الاجاب
والا لئلا يحاب فكان العقد الواقع به سواء اذ كان حكيما ولا يسمي عن اصابته العبد
الى الموكل بخلاف الرسول ردا وكيل بالذخ واليه الاستعيان عن الاصابة به وان كان
كذلك كان الوكيل اصبلا في الحقوق امدد به فلهدا الى التدوير في المحصر
وقال محمد بن روح في المدة والبيع ويقص البدن ويطلب بالثمن اذا اشترى ويقص
البيع ويحاط به في العبد يستحق منه ان ذلك كله من حقوق العبد في الملك
للموكل حاله حر او مملوك في حق ان الحقوق للعبد حكم التصرف والحكم
بثمن بالموكل كذا واجه وتدرجه ان ملك دفع بدركين مع الوكيل في
الملك له وهو في العدة ان يملك الموكل ان ادعى من بعد العدة وحده من

(كتاب الوكالة)

حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقنا أبي طاهر الدباس
 واليه ذهب جماعة من أصحابنا رحمهم الله وقال شمس الأئمة رح قول أبي طاهر أصح
 وقال المصنف رح هو الصحيح فإن قيل قول أبي طاهر كقول الشافعي رح فكيف يصح
 جوابا عنه مع التزام قوله فإنه بقول الحكم وهو الملك ينبت للموكل فكذلك الحقوق
 والجواب أنه ليس كذلك لأنه بقول نبوت الملك لخلافه والشافعي رح أعماله * وتحقيق
 المسئلة أن لنصرف الوكيل هتين جهته حصوله بعبارة وجهه نيابته عن الموكل وأعداهما
 ولو توجه أولي من أهمال أحدهما فلوا ثبتا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى
 القياس لخصوا بهما بعبارة وأهليته بطل التوكيل ولو أثبتاها للموكل بطل عبارته فثبتنا
 الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل واليه أشار المصنف بقوله اعتبار التوكيل السابق
 فتعين الحرق للوكيل ويجوز أن ينبت الحكم لغيره من اعتدله السبب كالعبد قبل الهبة
 والصدقة وبصطادس هو الذي يقوم مقامه في الملك ذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز
 عن طريق الكرخي ودي أن الملك ينبت للوكيل لخصه بعبارة من جهته ثم ينقل
 إلى الموكل * وأما كان الأول هو الصحيح لأن المسترعى إذا كان مكوحن الوكيل أو عرسه
 لا يفسد الكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المسترعى كان ذاك واحداً بأن يعوذ العرق يقتضي
 ملكاً مستعراً أو في الزادات فيمن تزوج أمه ثم حرته على رسمها فأحرار المولى صارت
 الأمة مهر المحرة ولم يفسد الكاح وإن ملكها الزوج لعدم استغناء الملك ربه ملك الوكيل
 غير مستقر به فعل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وبه ظر لا اله بحالف إطلاق قوله دليله السلام
 من ملك ذارحم محرم منه عرق عليه الحديث وقال القاضي أبو زيد الوكيل نائب
 في حق الحكم أصيل في حق الحرق وإن الحرق تسببه ثم فعل إلى الموكل من قبله
 هو في باب المحسن في حق الحرق وباطاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن
 قال المصنف رح وفي مسأله العيب تفصيل يذكره أراد به ذكره في باب الوكالة بليغ

(كتاب الوكالة)

والشراء بقوله وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على ما كان عليه
في يده فان سلمه الى الموكل لم يرد له الا باذنه
ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل اليه
فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل
بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومجبر
ان اضافته الى نفسه كان النكاح تارة
ومن صدر عنه التذرع او التزويج تارة
فيها لا يقبل الفصل عن السبب لان السبب في هذه العقود اسقاط فينلشى ومعنى
الاسقاط في خبر النكاح هو رد النكاح الى اصله في محل النكاح عدم ورود الملك عابهن
اكونهن من بنات آدم عايه السلام بانكره الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح
ضرورية السل وفي ذاك استأطاطا لكتبها في النكاح فلا يتصور صدوره من شخص وثبتت حكمه لغيره
ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله
لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب اننا قد قلنا في الضرب الاول
ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبار النوكيل السابق وتبقى الحقوق
متعلقة بالوكيل اعتبار العبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتحير بشرط التحار
ولا بغيره لكونها الاستأطاطا ما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل ولا يل
باطل لانه يطل التوكيل وينافى الاضافة الى الموكل فتعين النافي وانه اشار بقوله
تكان سفير او لله درة على فضله وتنبيهه للطائف الاعتبارات جزاء الله عن الطامة خيرا
قوله والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على ما
والصلح عن النكاح فيضيف الى موكله والحقوق ترحه اليه لانه من الاستأطاطات
واما الصالح الذي هو جارية مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه

(كتاب الوكالة)

لانه مبادلة مال بمال كان كالبيع تتعاق حقوقه بالوكيل * واذا وكل بان يهب عبدا
لغلان او يتصدق بماله او يقرضه او يعبد ابنته او يودع مائة او يرهنه فقبض الوكيل
وفعل ما امر به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه
وليس للوكيل الرجوع في المهمة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض
ممن عاينه قال المصنف رح لان الحكم بينهما يعني في الصور المذكورة ينبت بالقبض
والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقولنه فلا يجعل صيلا
مقتضاة اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا اقي محلا مملوكا
لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق في ما ينبت الحكم بالعبارة وحدها في ما لا يقبل
الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففي ما احتاج الى القبض
اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس نحو الوكيل بالاستعارة
او الارتهان او الاستيهاج فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل
اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان ينبت الحكم للموكل
وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض وينفع بانه لا بد له من اتمام
العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه منه وكذا اذا وكل بعقد
الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاصالة في الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتبس واعلم
اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسترئذ ذكره لكون المقام
من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهك بخلافه فلا ملومة فان جهد
المقلد موعه * التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز
ورد التوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو التمسك
في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البديل منه في ذمة

(کتاب الوکالة)

الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالانتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير او الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاغارة والهبة لا الاستعارة والانتهاج وانما محله فيها عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجهة للملك عند القبض بقائمة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك الجواب اما اعتبار العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورية صحة العقد خلتا عن بدل يانزم في الدية اذ لم يكن فيها بدل في الدية فلو عسرناها محلاله في الاستقراض وفيه بدل معتبر لالقاء في الدية لزم اجتماع الاصل والحلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو الوجه الذي اراد الله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فيه فايها تصح في الاستقراض والى في الابضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك في ما استقرض الامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فتح يست الملك للمستقرض يعني المرسل قوله واذا طالب الموكل المشتري بالنمن اذا طالب الموكل المشتري بالنمن فله ان يسعه اباه لانه اجبي عن العقد وحقه وما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا ابتاع الوكيل عن ذلك صح وان بهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبته الوكيل الا اذا دفع ذلك او دفع المشتري النمن الى الموكل صح وامم يكن للوكيل ان يطالب به ثانية لان نفس النمن موضوع حقه وقد وصلى عليه فافادة في الاسترداد عند دفع الدفع اليه وهذا في غير مصرف وامم في المصرف فتش الموكل لا يصح لان حوار بالقض فكان القبض فيه بمنزلة الاجاب والتكاليف والموسد الموكل حق انه لا يتل الموكل لم تحركنا اذ ثبت له حق القبض قوله ولما نأمر به في الدية والنمس ان هو قد مضى حقه وان كان المشتري على الموكل دون دفع الدية . . . مرسل ولو كان له عليه ان ويغت بدد او زل منه وكذا لو كان

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

لكون الثمن حقه * ولأن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراء جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بالبراء للموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فإن قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فإنها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده أجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عندا ببخيفه ومحمد رحمهما الله ان يسرى المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظرافانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء سقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيعاء فلزم الوكيل الضمان كالرهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيعاء من ماله العبد عليه واستحسن ابو يوسف ر ح فقال الثمن ملك الموكل لا محالة وليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا أجاب ان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والارالة بعد الاثبات **قوله** ومن

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان * والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقائق في جواب ما هو كالانسان مثلا * والصف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس ما يشتمل اصنافا على اصطلاح اوئيك وبالنوع الصف * فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معنا اول والاو لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مالم ان يقول عبدا هندا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم لبصير الفعل الموكل به معلوم ما فيمكنه الا يمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الجنس غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعتراض على قوله لبصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس وادالم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رأيته فانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممثلا وبتع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة تنحل في باب الوكالة استحسانا والمراد من الوصف النوع والقياس يا بالان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا في ما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي الاستعانة عدم الجهالة اليسيرة خرج فلوا اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقة وخرج بذلك خاف باطل * فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها * فنقول ان الموكل به بجنسه ونوعه وصفته فذاك معلوم صححت الوكالة لانه لا محالة وان اراد

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *)

جميع ذلك وذكر لفظ يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لاسمالة وان بين الجنس بان ذكر لفظ يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيره فكذا ذلك وعلى هذا اذا قال لا خراشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن والجهالة العاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فبتعدر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومبة او مصرية او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسائة او جارية باف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال * وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يهينة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسطوة وفائدة ذكر وضع الجاهل الصغير ان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه ^{قوله} ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبار الحقيقة كما اذا حنى لا اكل طعاما اذا الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح الاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها * فلو اذن عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في الشراء)

واما في عرف غيرهم فينصرف الى كل طعام قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمسوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهرة يدل على ان ما ذكره اولاً مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قليل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندي واني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا * ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبز او ان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يسكن الادخار في الحنطة * واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف الملاقاة المتناول لكل مطعموم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطنتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبز او وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك **قوله** واذا اشترى التوكيل ثم اطلع على عيب اذا اشترى التوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري يده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع غير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانه لا انتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدمي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخص بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلاً ففعل جاز لانه عند يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

لكون الثمن حقه * ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراء جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بالبراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عندا ببيعينة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمن الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء اسقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالبة العبد عليه واستحسن ابو يوسف رح فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع موجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وادس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وندم فصل الشراء لانه ينهى عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قوله** ومن

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شيء بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته أي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلم عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان * والنوع هو المقول على كثيرين متبقيين بالحققيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا * والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كاتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس ما يشتمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف * فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معنا اولاولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هديا وتسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معارفا فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف فيكون غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعتراض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذ لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يتول ابتع لي ما رأيته فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتره يكون ممثلا وينفع عن الامر والاصل ان الجهالة اليسيرة تحتمل في باب الوكالة استحسانا والمراد من الرصد النوع والقياس ياباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل التوكيل كالمشترى لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذلك في ما اعتبر به روحه الاستحسان ما ذكر ان ههنا التوكيل عاين الرصد لانه استعان به في امر راد عدم الجهالة حرج تلوا اعتبار ذلك لكان من غير ان يسهل بيعه وخرجه وذاك خاف على كل * ولا من بين الجهالة اليسيرة وصيرها الى غير ذلك ان يسهل بيعه وخرجه وذاك ان يسهل الموكل به جنسه ونوعه وصفته فذاك هو الموكل به في حاله وفي حاله

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *)

جميع ذلك وذكر لفظ يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لاجتماع
وان بين الجنس بان ذكر لفظ يدل على انواع مختلفة فان ضم الي ذكر بيان النوع
او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيره فكذا
وعلى هذا اذا قال لا خراشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن والالجهالة
العاشرة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم ما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل
والبغال والحمير فجمع اجناسا كثيرة وكذا النوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعد الامثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشترى
عبدا وجارية لا يصح لان ذاك يشتمل ابوابا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو اندي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او غيرها او بطلاصحت لان بذكر النوع ثقل الجهالة
وكذا اذا قال عبدا بخمسة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن بصير النوع
معلوما عادة فلا يمتنع الامثال * وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع والتمن بعد ذكر الجنس
صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة او لينة او كبرية او ذائنة ذكر
وضع الجامع الصغير بيان اشتدال لفظ على اجناس مختلفة كما شرده في شرحه ومن دفع
الي آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما ومن دفع الي آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما
يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل طعام استنار الحنطة
كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذا الطعام اسم ما يطعم ووجه الاستحسان ان يعرف املك
اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة
ودقيقها * قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة وبنيها عندهم يسمى سوق الطعام

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

واما في عرف غيرهم فيصرف الى كل طعام قال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهرة يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذ او كل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قليل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا * ثم ان فل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان اذ خاره غير ممكن وانما يسكن الادخار في الحنطة * واتى في تحقيق ذلك العرف يصرف الملاقاة للعت المتناول لكل مطعموم الى الحنطة ودقيقها وانما الدراهم بتلذذها وكثرة وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يرجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليدة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعما فانما يشتري بها خبزا وتنع على الوكالة للمعلم بان المهران ذلك **قوله** واذا اشترى التوكيل ثم اطعم عابى عيب اذا اشترى التوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري يده اود فعلى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانه لا انتهاء خدم الوكالة وان في الرد ابطال بده التحقيق فلا يتمكن منه الا باذنه وانما اي ولكون الحفرق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالتفيع بغير ذلك لا يتحقق فبال تسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذ وكل شخص اذ بان بعقد عقد صرف او سلم في مكمل ما لا تفعل جاز لانه عقد بملك الموكل بنفسه ويجوز التوكيل به عابى ما عرف في اول كتاب الوكالة وما

(كتاب الوكالة * — باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

ان ذلك المقدار يساوي درهمين وقد خالفه في ما امره به فينفذ شراؤها عايد وشراء العشرة على الموكل
لانه انبان بالماصور به وفيه بحث من وجهين * الاول يجب ان لا يلزم الامرشي من ذلك
لان العشرة تثبت ضمنا لعشرين لا تصد او قد وكله بشراء عشرة تصدا ومثل هذا لا يجوز
على قول ابي حنيفة رح كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطاعها ثلثا لا تقع واحدة
لنبوتها في ضمن الثلث والمنضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه تبعاله *
والثاني انه اذا امره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هروين بعشرة كل واحد
منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم
للامر به ما شيء والسئلة كما مسئلة حد والقة بالقة واجاب عن الاول الامام حميد الدين
بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمنى وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن
ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر بذلك اذ في ضمنه ما في ما نحن فيه فكل قصدي لان
اجزاء الممنوع على حدة لا يبيع فالتقوى ضمن في الشراء وعن الثاني صاحب
النهاية يجعل اللحم من ذوات الاموال ولا تعاقب في قيمتها اذا كانت من جنس واحد
وصنف واحد وكلامه فيه روح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف
النوب فانه من ذوات القيم فالنوبان وان تساوا في القيمة لكن بعرف ذلك بالحرز
والظن وذلك لا يحين حق الموكل فيمنعت حقه ولا يرد عليه والى هذا اشار
في التتمة فقال لاني زاد ري ايها اعطيه بحصة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحرز
والظن والابن المشي الاعلى طريقة من جعل اللحم عليه اربعة عشر صاحب المحيط به وما
عنده من ذوات القيمة لا يخلل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيمة لكن التباوت
فيه فليس اذا كان من جنس واحد مغروضا التساوي في القيمة والقيمة لا ينفذ
به في خلاف النوب وان في طرق الخلل في احتساب التساوي كقوله صورة واورا وعرضا
ورفتة ورافة كونه حاصلا بصنع محل السهو والنسب لا يلزم تحديده من جعل ما هو اقل

(كتاب الوكالة — باب المذبح "بيع" شراء * فصل في الشراء)

فما عدا موافقة مثل ان اشترى بالمسمى من الدين او بالتقدي في ما اذا لم يسم او اشترى
الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حصر رأيه لم يكن سائلا وقبل
ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والكاح والشاح والكتابة اذا وكل من يفعل الثاني
بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فان الوكيل فاجازة حازر من كل حال بالخلق
والعناق فان الوكيل الثاني اذا اطلق بالحق في كل حال لا يقع رأيه في الشراء
والتمتة واجيب بان العمل بحقيقة البيع فيه ان التوكيل بتقويض الرأي
الى الوكيل وتقويض الرأي الى الوكيل لا ينافي في الحاجة في هذا الى الرأي ولا حاجة
فيهما اذا انفرد عن مال الى الوكيل لا يجوز للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة
والرسول بنقل عبارة المرسل فكان له مورد له والمرسل عبارة الامر لا شيء آخر وتوكيل
الآخر والاذا كان من الفعل في مقامه الوكيل راما في البيع والشراء وغيرها
فان كان له في البيع والشراء فيهما الى رأيي فاعصرا ما مورر في
رأيه او في مورد آخر حتى يورد او ياحار في كل حال وكذا في البيع والشراء
او في راءه في مورد آخر حتى يورد او ياحار في كل حال وكذا في البيع والشراء
او يشترى الى كل وقوله في الاستدلال بغيره من الوكيل
لان كل واحد من الطرفين له عند العقد والمراد من هذا ان هذا المستند على وجوه
الا اما ان ينفذ الى مال الموكل والى نفسه والى درهمه طلقه وان كان الاول ذن
للا رجوع الى الوكيل على ما يحل له شرعا اذا السراء لنفسه باصافه العقد الى درهمه غيره
مستبرر شرعا وعرفا كذا في الاستدلال بالامر ان كان الثاني كان الامور رجلا في قوله عليه السلام
ان من عاده اجب في السراء اصحاب الدرهم وتخير في كل حال
عليه السلام في قوله عليه السلام في الاستدلال بالامر ان كان الثاني كان الامور رجلا في قوله عليه السلام
ان من عاده اجب في السراء اصحاب الدرهم وتخير في كل حال

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

الحق دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواه لا امر فهو له ولنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه واغيرة في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اخلف نقال الوكيل نويت لنفسه وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع فمن كان نقد الثمن من مال كان المبيع له لكونه دلاله ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا ان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد بن حوالة فدل ان الاصل ان يعمل كل احد بنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالانابة والبراءة له والغرض عدمه وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان له ان ينفذ ما يشاء من وجهين ان يكون له واغيرة فيكون موقفا من اي المالين نقد تعيين به احد احتملين ولان مع تصاد فهمابه يستدل انه كان نوى للامر واسيد وقيل له دلاله يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال المذرك والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافه في ما اذا تصادقا دليلى انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل ان يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه * فكن حذرا كلام النقد وري اربستوربه به الالموكل على الاضمان اولى واما قال المصنف وهو المراد عدي بقى الكلام في ان الاضمان الى اي نقد كانت بمعنى ان لا تغد شيئا لان التقيد لا تتعين بالتعيين واجب عن ذلك دلائل ان النماء بذاك الدراهم ونعمان نقل المراكمة تقيد بها على ما سيجي من الشايعين في المودلات الدرياس راء في الشراء له انما كانت الوكالة راذلة من انما لم يسك الشراء بغيره من وجبت الوكالة في ركني الشراء في هذا راجد في اخصه بان كره مع اسادة حكمه من التوكيل بالامر في قوله

(كِتَابُ الْوَكَاةِ — * بَابُ الْوَكَاةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ * فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ)

بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقانه لم تحضره الذينة فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم
النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رح بان للنقد اثرا
في تنفيذ السلم فان المعار قد بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء
كذلك فكان العقد للمعاقد عملا بقضية الاصل **قوله** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف
ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل
بشراء عبد معين او غيره والاوّل سيجي والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف
او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن
غير منقود فالقول للأمر لان الما مورا خبر عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن
على الأمر فان سبب الرجوع على الأمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت
وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل
وهو مكسر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف * وقوله
وهو راجع الى ما في عما * وان كان الثمن منقودا فالقول قول الما مورا لانه امين بربد الخروج
عن عهده الا مانه فيقبل قوله وان كان حيا حين اخلفا فان كان الثمن منقودا فالقول
قول الما مورا لانه امين وان لم يكن منقودا فكذاك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل فابلا فلا يتهم في الاخبار عنه * فان قيل ان وقع الشراء
للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء دائر مع التصور
وامكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
للامر لانه موضع تهمة بان اشراه لنفسه فاذا راي الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الامر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهده
الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني في ما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

تبعاً للخروج عن عهدة الأمانة وإن كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد
حي فالقول للماورسوء كان الثمن منقوداً أولاً بالاجماع أما عند هـمافلانة يملك استينافه
وأما عند أبي حنيفة رح فلانة لا تهمة فيلان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه
بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما صرنا شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن لنفسه
عزل لنفسه وهولاً يملكه حال غيبته - زاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري
له بخلاف ما إذا كان العبد غير معين فإن فيه التهمة المذكورة من جانب أبي حنيفة رح *
وإن كان العبد هالكا والثمن منقوداً فالقول للما مورلانة أمين يريد الخروج عن عهدة
الأمانة * وإن كان غير منقود فالقول للآمرلانة أخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك
الرجوع على الأمر وهو منكرفالقول قوله **قوله** ومن قال لا خبرني هذا العبد فلان رحال
قال لا خبر بعني هذا العبد فلان يعني لأجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان ابن أن يدرك أمره
بذلك فإن فلان ولا يذ اخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة
عنه والقرار بشيء لا يطل بالانكار الملاحق فلا ينفعه الانكار الملاحق * فإن قيل قوله لفلان
ليس بنص في الوكالة بل يحتمل أن يكون للشعاعة كالأجنبي المب تسليم الشفعة من الشئ
فقال الشفيع سلمتها لك أي لأجل شئائك فلا خلاف الشاع ولا يصار إليه بالتزينة
وسؤال التسليم من الأجنبي فربته في الشفعة وليس التزينة بموجود في ما نحن فيه
وإن قال فلان لم أمره أنا ثم بدله أن يأخذه لم يكن له أن يحدد لأن الأقرار قد
بالرد إلا أن يسلمه المشتري له أي إلا أن يسلم المشتري العبد لآحاليه * وسحور أن يكون
معاده إلا أن يسلم فلان العبد المشتري الآحاد وما على تسليمه ويرجعون إلى المشتري * بناء
على الروايتين بكسر الراء وفتحهما فيكون محدد بدارعاً إلى أي على فلان عهدة الأخذ
بتسليم الثمن لأنه صار مستر بالانطاعية كالفواي إذا استمرى الشخص ثم ساء المشتري
لأجله ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

نقد الثمن وهو يتحقق في النغيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قوله** ومن امر رجلان يشتري له عبدان باعيا لهما ومن امر رجلان يشتري له عبدان باعيا لهما ولم يسم لهما ثمناء اشترى له احدهما جازلان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء الا في ما لا يتغابن استثناء من قوله جازاي جاز شراء احدهما الا في ما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رحمه الله يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتري بهما بالف وقيمتهم سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمس مائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما بقيمتهم سواء وكل ما كان كذلك فيقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلاله فكان امر ابشراء كل واحد منهما بخمس مائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقى منها مخالفة الى خير وبالزيادة محالة الى شر قبله كانت او كثيرة لا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسابا والتماسا ان لا يلزم الامر اذا اشترى احدهما باز يد من خمس مائة وان فلت الزيادة واشترى الباقي بباقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول فائمه فاذا اشترى الباقي بما بقي من الالف حصل غرضه المصريح به وهو تحصيل العبدين بالف والانتظام بالتسوية كان نابنا بطريق الدلالة فاذا جاء الصريح واهكك العدل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بسله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه ينتهز بالمنعاز وهو في ما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الامر **قوله** ومن له على اخالف ومن له على آخر الف درهم فامر ان يشتري بها عبدا عينا صح على الامر ولزمه قبضه او مات قبلاه

كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

عند المأمور لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولوعين البائع جاز كما سذكره فكذا
إذا عين المبيع بالاتفاق وإن أمره أن يشتري بها عبدًا بغير عينه فاشتراه فإن قبضه الأمر
فهو له كذلك وإن مات في يد الوكيل قبل أن يقبضه الأمرات من مال الوكيل
عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو لازم للأمر إذا قبضه المأمور وعلى هذا الخلاف إذا أمره
من عليه الدين أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه فإن عين المسلم إليه ومن يعتد به عقد
الصرف صح بالاتفاق والافعلى الاختلاف وإنما خصهما بالذكر لرفع ما عسى يتوهم
أن التوكيل فيهما لا يجوز لا اشتراط القبض في المجلس لهما أن الدراهم والدنانير لا تمينان
في المعوضات دينًا كان أو عينًا إلا يرى أنهما لو تباعا عينًا بدين ثم تصادف أن لادين لا يثبت
العقد ولا يتعين بالتعيين كان الإطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الأمر
لأن يد الوكيل كيد نفسه وكما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولا يبي حقيقه روح
أنها تعين في الوكالات الأبررى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك
العين أو أسقط الدين بطلت ونفلنا طغي عن الأصل أن الوكيل بالشراء إذا قبض
الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعامًا ما يشتري بدنانير غيره ثم نقد الدنانير
الموكل فالطعام للوكيل وحده من دنانير الموكل * والمستلزمان قد لا نعلم أن التردد
في الوكالة تعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا يتفصيل بين ما قبل القبض وما بعده
والأخري ندل على أنه بعد القبض تنعس وهو المقتول في الكتاب يدل في النهاية هذا
على نول بعض المسامحة بعد التسليم إلى الوكيل وأما فصل التسليم فلا تعين في الوكالات
أيضًا بالإجماع لأنه ذكر في الحديث ذوال صخرة روح في الرضات رجل قال لغيره اشتري لي
بهذه الألف الدراهم حردن واراد الدراهم فلم يسلمه إلى الوكيل حتى سرقته الدراهم
ثم اشتري الوكيل جارية بألف درهم ثم الموكل ثم قال والأصل أن الدراهم والدنانير
لا تعينان في الوكالات قبل التسليم بخلاف لأن الوكالات ومبدا إلى الشراء فيعتبر

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

فيعتبر بنفس الشراء والدرهم والدنانير لا تعينان في الشراء قبل التسليم فكذا في ما هو وسيلة الى الشراء * واما بعد التسليم الى الوكيل فهل تعين اختلاف المشائخ فيه قال بعضهم تعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تعين ثم قال وفائدة القدر والتسليم على قول العامة توقفت بقاء الوكالة ببقاء الدرهم المنقودة وهذا قول منهم بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقيت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل في ما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف رح نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بما تتي سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ رح منهم الله فعمل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد رح على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكرنا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلك الدرهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة به بل انما قيد المصنف رح بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدرهم المسلمة اليه لانه يضمن الدرهم فيقوم مثلها مقاءها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما **قوله** وان اعينت هو قسمة الدليل وتقريدها تعين في الوكالات واذا اعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مائة واشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكرن اسراف اي يدفع مالا بملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان المديون تقضى بامثالها وكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والا فرب دفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعطه اليك

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء)

من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه
قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه
فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البائع اولا وكيلاً عند في القبض ثم يتملكه وذلك
ليس بتمليك من غير من عليه ولا امر بصرف ما لم يقبض واعتراض بانه لو اشترى شيئاً بدين
على آخر ينبغي ان يجوز جعله وكيلاً بالقبض اولا لكونه معيناً واجيب بان عدم الجواز
ههنا لكونه بيعاً بشرط وهو اداء الثمن على الغير * وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما
على الامر بالتصرف ولم يذكره في الكتاب وقد صنفنا في سياق دليلهما وذلك ظاهراً * وتراه
واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء
عبد غيره عين لم يعلم بانه غير صحيح نفذ الشراء على المأمور فاذا هلك عنده هلك من ماله
لكن اذا قبضه الامر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله **قوله**
ومن دفع الى آخر الف رجل دفع الى آخر الف وامره ان يشتري بها جارية فاشترى بها
فقال الامر اشترى بها بخمس مائة وقال المأمور اشترى بها بالف فالتقول للمأمور وماده
اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن ذلك الامانة والامر
يدعي اياه ضمان خمسمائة وهوينكر والقول قول المكرفان كانت الجارية نسائي
خمس مائة والقول للامر لان التوكيل خالف الى شرح حيث استدل جازد تساوي خمسمائة
والامر يتناول ما يساوي التماضي من فان لم يكن دفع الالف اليه واختاره القول الامر
اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شروان كانت قيمتها الفادعنى قوله فالتقول
للامر يتحالفان * ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي
الف واجب ان تازم الامر سواء قال المأمور اشترى بها بالف او بابل منها لانهما اشتراها بالف
كان موافقا للامر وان اشتراها بابل كان مخالفا الى خير وذلك يازم الامر وهذا لا ينبغي
في هذا في هذا الفصل ينزلان منزله البائع والمشتري للدعاه الحكيمة بينهما او لا وتتم

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المأمور * وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **قوله** ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم له ثمنا فاشتره ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندي واني رح لان تصديق البائع رفع الخلاف فيبطل تصادقهما بمنزلة اشاء العقد ولو انشأه لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمه غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا * فان قيل المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمد بن ح. عظم بين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يدين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمستكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يدين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا اوجبت على المدعي فعلى المنكر الاولى **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ار ترفع الخلاف بتصدق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف رحمه الله وهذا قول الامام ابي منصور المازندراني وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

* فصل في التوكيل بشراء نفس العبد *

فما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فاسب ان يذكر في فصل على حدة * والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا يشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى

(كتاب الوكالة * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

وان يوكل العبد رجل ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف رحمه الله تعالى لهما جعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكرا حدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالالف درهم ودفعها اليه فلا يخلوها ما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يعينه فان عينه فباعه للمولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتقد وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للمعتقد وبذلك والمأمور صغير عنه حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا عقب الولاء للمعتقد وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بهما معا امكان وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة * فان قيل لانسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمة فتعين المجاز واذا كان معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبدا وعلى المشتري الف اخرى ثمة للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر في ما اذا وقع الشراء للمشتري وما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجوامع الصغير وفيه دليل على ان التوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى ام لا كقولنا ان يجب ان يجب لان الاول مال للمولى فلا يصح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف رحمه الله تعالى فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق بيد ان لم يجب له الف اخرى كان اعتاقا بدلا

(كتاب الوكالة * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

بلا بدل وهذا بخلاف التوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاة حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلتي لوقوع الشراء للموكل لان العقد ين بعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي في حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق معقب للمولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساة لا يرصاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب المولاء وموجب الجناية عليه ح وربما يتضرره والاخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساة يرغ في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف روح عسى بكاد فاستعمل استعماله * وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير * ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كنوكله بشراؤه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا * ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المفقود عليه شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشترلي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبد ابشراء نفسه من مولاة فلا يخلوا ما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالتعد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيله عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاة حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكله بشراؤها كنوكله لغيره من اموال المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعنى هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في التوكيل بشراء نفس العبد)

حتى لو اراد المولى ان يحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع
اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة
اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليمها يستطحق حق الحبس كما قلنا
في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم
الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل
قبض الموكل امرا اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امرا اعتباري وكونها
بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال
القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا
اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع
وماليتها لا تنفك فسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم **قوله** فاذا اضافه الى الامر نتيجة
الدليل وتقريره العبد يصلح وكلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكلا
عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الامر صلح فعله امثالا فالعبد اذا اضافه
الى الامر صلح فعله امثالا فيقع العقد له قيا ساعلى حر توكل بشيء وفعله * وقوله ففعل فهو الامر
يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو مخالف ما ذكر في الجامع الصغير فان اضافته
العقد الى الموكل انما تنفذ المالك اذا ارجد الاجاب من المولى والقبول من العبد
حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد بملت بناء
على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سياتي فاذا اضاف
على مال مقدور والواحد يتولى طرفيه فبهم بقول المولى بعت سبوه يقول انه بعت نفسي
فان قلت اذا اضاف العقد الى الموكل فمن المطالب الثمن اجيب بان في ذلك العبد كونه
العائد وان قلت قد يكون محجورا عليه ولا نرجع اليه المحجوف احسب بان المحجور زال
العقد بدي - سرور مع ميلاد بان انه سرور اسند في تصور صحة له ضرورة وان * ان اضاف الى

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل في البيع)

التي نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعته فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة * فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جازله ان يشترى لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم * وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتنال وغيره فلا يجعل امتنالا بالشك في بقي التصرف واتعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عن باسرة وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا ترد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازة حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت في ما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد التي لنفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك وشار اليه بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا الا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ ذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة التي لنفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم بالصواب

* فصل في البيع *

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لنقد يم الشراء ثمة فهو وجه تاخير البيع **قوله** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمنل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمنل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المدكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير المحقق بمنل القيمة * ولا بد من تقرير الاقوال قبل الدلائل فنقول عند التوكيل بالبيع والسري مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكر من التقييد

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغض يسير
كذلك علي ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلي ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما
وبمثل القيمة جائز عندهما باتفاق الروايات غير جائز عند أبي حنيفة رح في رواية الوكالة
والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز * اذا عرف هذا فالدليل على المذكور
في الكتاب في جانبهما **قوله** لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر
والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقضي موجودا والمنازع منتفيا لان المنازع هو التهمة ولا تهمة ههنا
لانها اما ان تكون من حيث ايار العين او المالية وايس شيء منهما بموجود اما الاول فلان
الاملاك متباينة حيث يحل الابن وطى جارية نفسه ولولم يكن ملكه متباينا عن ملك
ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطئها ولا يحل له وطئ جاريته ابيه والمنازع منقطع
فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه
واذا وجد المقضي وانتفى المنازع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما
لم يجز من عبدة يعني الذي لاديين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع
من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستقصا قابضا مسلما
مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابله بمحل واحد
في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته
ولا تزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولا يبي حنيفة رح القول بالوجوب
يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات لانها شرعت
للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع
بينهم متصله فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايتار العين فان قيل ما الفرق
لابي حنيفة رح في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر
مع ان له قبل ظهوره حكم التوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من التوكيل فتدبر

فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهية كما اذا صار المال عروضا فجاز
ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والتصرف على هذا الخلاف
وانما اخصها بالذكر لان الاجارة شرعنا خلاف القياس والتصرف مشروط بشروط عربي عنها
غيره فكانا ما يؤهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو في ما سواهما كذا
قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز
ان يبيع بثمن قليل وكثير وعرض عند ابى حنيفة ربح قال لا يجوز بغير فاحش ولا بغير التهود
لان مطلق الامر يتقيد بالمعارف عرفا فان التصرفات قد دفع الحاجات فتتقيد بمواقفها
والمعارف البيع بتمن المالك والتهود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد
بسكون الميم ماجد من الماء لسدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضيحة
بايام النحر وقبلها كالذئب من تلك السنة حتى لو اشترى ذئب في السنة الثانية لم يلزم
الامر ولان البيع اسم فاحسن من وجدهما من واحد، واينذ الوصل من المريض
كان من الثلث والاب والوصي لانه ملكه وكذا المتباينة بيع من وجه وشراء من ربحه
لانه من حيث ان فيه اخراج الساعته من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل مسايته
في الملك شراء فلا يشاء له مطلق اسم البيع لان المطلق بصرف الى الكامل والذي حيزه ربح
التول بالموجب اي سلطان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاع غيره وضع
التميمة في تناول كل ما يطابق عليه البيع **قوله** والبيع بالغبن تنزل في الجواب يعني سايا
ان المطاف يتقيد بالمعارف اكس البيع بالغبن او باله ن اي العرض متعارف عند سد الحاجة
الى الشئ ليس ارادة الغيرة احد لتبرم من الهين وعند ذلك لا يبالي بفله الشئ وكره
ركان العرف من ان لا يحد الثمن دبر بل المتأزعع فيه يكون اداه لا تحت
وادعه النصيب من ربحه او ثمنه مكبرة وماه الى المذكورة مروية عن ابو يوسف
على ذلك الوجه وانما البنية حيزه ربح الذي لا يحد الا بالبيع بالغبن او الغبن

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن والعين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعتبر بان لا يلزم من جريان العرف في اليدين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قد يدان حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قد يدان وقع على المشتري لا على الامر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والتدبير لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه * نعم بهذا ان العرف قد اختلف في حقها فاختلفت الجواب لذلك * واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة بغير اعتبار ظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر وان كان ذلك بوجه من كل وجه يملكه الاب والوصي اجاب بقوله غيّر ان الاب والوصي لا يدلان ومعه ان كلاً من الأمر المطلق بالبيع وهما ليسا مأمورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقاً بل مقيد بشرط النظر ولا نظريته ولا نسلم ان المتأبضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادله المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع نكلمنا صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه * ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به اليه تحصيل ملك غيره له وشراء عبارة عن تحصيل ملك غير متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المتأبضة في البيع والشراء يتفقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبار ان يمين كل منهما باطلاق لفظه قصد عليه وذلك يتميز بالبائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيقال اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فهذا ربح ابيد منه خرج جاء ببيع غيره فربح ان كان شراء من كل وجه كان الوكيل بدو وكذا الشراء بهو لا يملك الشراء بعين فاحس بالانفاق فكان واجبا ان لا يتبرأ منه في الاداء ان كان به من العرض عليه في التمسك او يافى منه يسيرا كما روي في

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

من انبي حنيقة رح وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذاك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عزوهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا او كيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة يحمد المتصدي لتلقيقه ان شاء الله تعالى **قوله** والوكيل بالشراء يجوز عقده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه منقطة فلعله اشتراه لنفسه فان لم يوافق او قد وجده خاسرا الحقه بغيره على ما مرحتى لو كان وكلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الامر لان التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشائخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطاق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول ائذ لان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والدي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المتقوين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد في ما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدا وب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالمعاش مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المتقوين اذا دخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة هنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو انما هو وقيل الفاحش وبساعده سوق الكلام في العروض ونهم وفي الحيوانات دديا زده وفي العفارات دديا زده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزبد بقله التجربند وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلتها وقوع التجارات وكثرته وقوعه في التسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

محترمة فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المما كسة فلم يعتبر في ما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوفوع فدا كان اقل وفوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه **قوله** واذا وكتاه ببيع عبد له فباع نصفه جاز واذا وكتاه ببيع عدة فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة راجح لان المتظن طلق عن تبدل الاوراق والاجتماع فيجوز على اطلاقه واستوضح بقوله الاسرى انه لو باع التوكيل بمن النصف جاز عند ذاباع النصف به او ابي وبالا لا يجوز لان التوكيل به يصرف الى المتعارف وبمن النصف غير متعارف لما عيده من ضرر السرقة الا ان دسح النصف الاخر قيل ان يحصها لان بيع النصف دون بيع وسيله اى الا زوال بان لا يجد من يشتريه جدا فبحاج الى ان يراى فاذا باع الباقي قبل ثلث البيع الاول تبين انه وقع وسيله وان لم يبع ظهر انه لم ينع وسيله فلا يجوز وهذا استحسان عند هذا فان وكتاه بشراء عبد فاشترى نصفه والشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لا يثبت راجح ان التوكيل في الشراء متحققه على ما مر من قوله فلعله اشتراه نفسه الى اخذ ورق آخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيه توكيله الاطلاق فبذلك بيع العبد كله او نصفه او الثلث او الربع والشراء فادف ملك الغير فام بصح فلا يعتبر فيه التقيد بالانطلاق اى المارق لا يثبت فيه توكيله العرف والعرف فيدان يشتري العبد حذاه وانما قيل ان يفرق هذا عن البيع في البيع ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وادف بالامر بالشراء فادف ملك الغير فلم يصح والاجواب ان التباس نصي ذلك والكله صحيح في حديث حكيم بن حزام قال قال النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء العبد وانما يصح بالامر بالشراء في البيع لا في الشراء لكونه ملكا له وادف بالامر بالشراء في البيع لا في الشراء لكونه ملكا له وادف بالامر بالشراء في البيع لا في الشراء لكونه ملكا له

كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع

ولو بوجه أولى **قوله** ومن امر رجلا يبيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه
وفرض السن ولم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء
او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن
فاما ان يكون العيب ظاهرا او الغاصي عابن البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة
من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعابن البيع
فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء بل لانه
اذ لم يعابن البيع قد يشبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالغفران
في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت
بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد
على الموكل ولا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعدم ولاية القاضي
وانفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان به حد من مثله فان
رده ببيسة او باء يدين فكذلك لان البيسة حصة طاعن كالمبيعة والرد على الموكل في الكل
مصدر لمبعد العيب عن علمه باعتباره من مصادره لمبيع مباح الامر وان رد باقرار الزم الوكيل
لان الاقرار حجة فاصرة وهو غير مصدر اليه لانه امكنه السكوت اذ لا رضى به من
داية اليمين ويتقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فاداه ببيسة او بسكول الموكل
لان الرد بالقضاء فسخ لعدم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار فاصرة فمن
حيث انفسخ كان لدان يخاصمه ومن حيث التصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى الدعاء
بهم الاقرار فبسط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى دعاء القاضي
لنفيه لانه محال وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدثه الاول فان كان الاول
ممكن رده باقرار الزم الوكيل وليس له ان يخاصم امرة وعرضه بالبائع لان البيع لما انتقل
الى الوكيل وتقرر عليه فانه حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في البيع)

ثالث حيث فسخ واسترد برضا من غير قضاء والبائع أي الموكل ثالثهما وان كان الثاني
والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك
لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لورعا الامر اليه في عيب لا يحدث
رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك فكان ذلك ردا على الموكل وفي رواية
الروايات انه لا يلزم الامر ونيس للماصوران بخاصمه لما ذكرنا انه يبيع جدي في حق
ثالث * وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الثالث ثم ينقل اليه الرد
ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذ كر صورة الرد بالبينة والكول لعدم تقييد الذي
عدم القضاء ^{قوله} ومن قال لاحرام ترك بيع عبدي بنقد اذا اختلف الامر والمأمور
في اطلاق التصرف وتقييده فقال الامر ترك بيع عبدي بنقد فبعده بنقد وذل الامر
بل امرني ببيعه ولم يدل شيئا فالتقول قول الامر لان الامر يستعان من جهته ومن يستعان
الامر من جهته اعلم بما قلناه فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاة وليس
ذلك بموجود لان عقد الوكالة منبذ الى التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم ينال
وكنك ببيع هذا الشيء لا يكون وكذا لا يبيعه واثبات وكلمك بما لي اوفي مالي لا ملك
الا لئلا يظن فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب
ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البيع والمضارب
دعيت اليي المال مضاربة لم تقل شيئا فالتقول المضارب لان الامر وان كان مستندا من
جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة المأمور والمأمور
ادب بالتصرف بدكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بتدليله اذا كان بين
رب المال المضارب في نوع والمضارب في نوع آخر حيث بدون القول لرب المال الا
سنة الا ان كان بينه وبين المضارب في النوع المذكور وفيه القول للاركاء واما ان كان بين
المضارب وبين المضارب في النوع المذكور في النوع المذكور في النوع المذكور

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل)

او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة ر ح وعندهم ايتقيد باجل متعارف
والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقبول والكثير والعرض
عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضا ع في يده واخذ به
كفيل فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق
في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي ماى حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل
والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ الوكيل كفيل ويرفع الامر الى حاكم
يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان
لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتها ن ويغف اجانب
الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عبده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل
بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيل فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه
عن القبض صح انهيته وقد استباه في فقه الدين دون الكفالة وخالف الرضى والوكيل بالبيع
يقبض الثمن اصالته رايان لا يملك المرسل حبه عن القبض *

* في وكالة الانمين *

وجه تاخير كاله الاثنين عن ركائ. لو احدثا رابعاً ورضعاً قوله وان اوكل وكلمين وان كان
ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان يتصرف بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما
على الانفراد حيث وكله استعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد به في الاستعاقب
لاحد هما ان يتصرف في ما وكل به دون الآخر سواء كان ممن باؤ بهما الاحكام او احدهما
صبي او عبد محجوران كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كتابته والسماح
وغير ذلك اذا قال وكنتكما بيع كذا او نخلع كذا لان الموكل رضي برأييه ذو رأي
احدهما او اياهما استعاقبا هما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف قوله وان كان
مقدرا جوابا عن عبدال اذا قدر الميراث البدل فقد استغنى عن الرأي بعد ذو جبر

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالبيع والشراء* فصل)

ان يتصرف احد هما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتدل ان يزيد الثمن وبخساراً من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يركلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف في ما وكل به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراد في ما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة ان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها معدر للافضاء الى الشغب في مجالس النضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقاً اسارة التي دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود هو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً ليهما فيكون ذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وانى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعه او نضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعه فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا نص احدهما كان قابضاً بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض الصنف اذا كان مع صاحبه واما مفردا فغير مأمور بقبض شيء منه **قوله** وهذا اي حوازا افراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأييهما الا بغير انه تدليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تسليمك صار النطاق مملوكا لهما ولا يتدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان بقدر احدهما على نصف تملكه واحب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الا بطلان ضمني ولا يعتبر احب بانه لا حاجة لغير ذلك الا بطلان مع قدرتهما على الاجتماع **قوله** ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطبيق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايد يكما مفعولا الى رأيهما اجيب بانه ليس بمحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قوله** وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به وليس للوكيل ان يوكل في ما وكل به لانه فوض اليه التصرف في ما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رصي برأيه والباس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بينين والالماجاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول * وايضا الرضى برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العرة المقتوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لائمه من بغوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح مناقض لظنه فلا يجوز **قوله** الا ان ياذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك بدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيل عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينزل بموته ويعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب الناصي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكرتم فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لابد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

فما الفرق بينهما وأجيب بأن صاحب الذخيرة قال قال محمد بن روح في الجامع الصغير إذا باع الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز ولم يشترط للجواز إحاطة الوكيل الأول وهكذا ذكره في وكالة الأصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط إجازته قال إذا باع الوكيل الثاني والوكيل الأول حاضرا وغائب فجاز الوكيل جاز حكي عن الكرخي أنه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكره مطلقا في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز فكان يحتمل المطابق على المتقيد وإلى هذا ذهب عامة المشائخ * وهذا لأن توكيل الأول لما لم يصح لعدم الإذن به صار كالعدم وإذا توكيل الثاني فصوليا وعقده يحتاج إلى الإحاطة الستة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز بينهما ما ذكره وجه الجواز أن المقصود حصول الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج إلى الإجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا أحد وكيلي البيع وبه نظر آتاني ما نقل عن محمد بن روح فإنه قال والوكيل الأول حاضرا وغائب فجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الإجازة للحاضر لجواز أن يكون قوله فجاز متعلقا بقوله أو غائب فقط وآتاني تعليلهم لأنه معارض بأن المنصوص هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا، وتوجيه كونه فضوليا في أحد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لأنه دأب من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل * ولعل الصواب أن الإجازة ليست بشرط صحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد أحد الوكيلين * والفرق بينهما أن وكيل الوكيل لما كان ينصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضالا محالفاً وأما أحد الوكيلين فليس كذلك فام بسكوته رضا الجواز أن يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير إذن صاحبه هذا ما استخرج في هذا الموضع والله أعلم **قوله** وتد تكلدوا في حقوقه يعني إذا باع بحضرته الأول حتى حازر العهد على من تكون أم يذكره محمد بن روح في الجامع الصغير وتكلم الله سبحانه في ذلك * منهم من قال على الأول لأن الموكل إنما رضي لزوم العهد له

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل)

عليه الثاني * ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لومات الموكل الاول انزل الوكيل الثاني بموته ولا ينزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لغوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رح وعلی رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر بما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايتة وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهران غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدّر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المنصوص من البياعات الاسترباح والعدة جرت في الوكالات ان يوكل الا هدى في تحصيل الارباح وذلك اما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بناية الآخر عنه في مجرد العبارة **قوله** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنه اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنه وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او بالشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق ولان المربوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

(كتاب الوكالة * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا وَلِهَذَا لَاتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ وَلَا نِ هَذِهِ وَلَا يَنْظُرُ فِيهِ وَهِيَ تَحْتَاجُ إِلَى قُدْرَةٍ وَشَفَقَةٍ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الظَّرِّ وَالرَّقْ يَزِيلُ الْقُدْرَةَ وَالْكَفَرُ يَنْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ فَلَا يَغْوِضُ إِلَيْهِمَا وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى الْمُرْتَدُ إِذَا قُبِلَ عَلَيْهِ رَدُّهُ وَالْحَرْبِيُّ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذَّمِّ وَأَنَّ كَانَ مُسْتَأْمِنًا لِلْأَنْدَلُسِيِّ الذَّمِّ صَارَ مَنَّا دَارًا وَأَنَّ لَمْ يَصِرْ مَنَّا دِينَ وَقَدْ تَحَقَّقَ مِنْهُ مَا هُوَ خَافُ مِنَ الْإِسْلَامِ دُونَ الْحَرْبِيِّ فَذَا سَلِمَتْ وَلَا يَلِيهِ الذَّمُّ فَالْحَرْبِيُّ أَوْلَى وَأَمَّا الْمُرْتَدُ فَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ وَأَنَّ كَانَ نَادِيًا عَدُوًّا لِمَا كَانَ مَوْتُوفٍ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالٍ يَرِيدُهُ بِالْإِجْمَاعِ أَنَّ اسْمَ جَارِزٍ لَا يَلَا بِهَا وَلَا يَلِيهِ نَظَرِيهِ وَذَلِكَ أَيْ الْوَلَايَةُ الطَّرِيقَةُ بِنَاوِيلِ الْمَذْكُورِ وَأَنَّ اسْتِعْمَالَ ذَلِكَ مُشْرِكٌ بِاتِّدَاقِ الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ مُتَرَدِّدٌ لِكُونِهَا مَعْدُومَةٌ فِي الْحَالِ لِكَيْلِهَا مَرْحُومًا لِحُودُهَا لَأَنَّهُ مَجْمُورٌ عَلَيْهِ فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فَإِنْ قُتِلَ اسْتَقَرَّتْ جِهَةٌ الْإِنْقِطَاعُ وَبَطُلَ عَقُودُهُ وَأَنَّ اسْلَمَ جَبَلٌ كَأَنَّهُ يَزِلُّ كَانَ مُسْلِمًا فَصَحَّتْ وَلَمَّا كَانَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَرَكََا صِلَاهُمَا فِي نَفْوِ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِ خَصَّ قَوْلُهُمَا بِالذِّكْرِ بِقَوْلِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَأَنَّ كَانَتْ الْمَسْئَلَةُ بِالْإِتِّفَاقِ *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

أَحَرَّ الْوَكِيلُ بِالْخَصْمَةِ عَنِ الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِأَنَّ الْخَصْمَةَ تَقَعُ بِاعْتِبَارِ مَا يَحِبُّ اسْتِغَاوَةً مِمَّنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ وَذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ يَكُونُ بِمَطَالِبَةِ الْمُبِيعِ أَوِ النَّسْنِ أَوِ الْإِثْمِ أَوْ لِيَا مَهْجُورَةً شَرْعًا فَاسْتَحْتَفَتِ الشَّخْصُ بِمَا لَيْسَ بِمَحْجُورٍ قَوْلُهُ الْوَكِيلُ بِالْخَصْمَةِ وَكَيْلُ بِالْقَبْضِ الْوَكِيلُ بِالْخَصْمَةِ وَكَيْلُ بِالْقَبْضِ أَيْ نَقِضُ الدِّينِ أَوِ الْعَيْنِ خِلَافًا لِمَا زُفِرَ رَحِمَهُ اللَّهُ هُوَ يَقُولُ أَنَّهُ رَحِيٌّ بِالْخَصْمَةِ وَلَيْسَ الْقَبْضُ بِخَصْمَةٍ لِأَنَّ الْخَصْمَةَ قَوْلٌ بِسُتْعَادٍ فِي أَظْهَارِ الْحَقِّ وَاقْتِصَاصٍ حَسْبِي * وَنَهَى أَنْ الْوَكِيلُ إِذَا دَامَ وَكَيْلًا يَجِبُ عَلَيْهِ الْفِيَامُ بِمَا أَمَرَ، وَقَدْ أَمَرَ بِالْخَصْمَةِ وَالْخَصْمَةُ لَا تَمُوتُ إِلَّا بِالْقَبْضِ أَوْ بِمَرَدِّ ذَلِكَ وَتَعْذُرُ الْأَنْبَاءُ بِعَارِضٍ مِنْ مَوْتِ السَّاحِي أَوْ غَيْرِهِ وَالْمَطْلُ وَالْإِلَاسُ وَمَا لَيْتُمْ أَوْ جَابِ الْأَنْدَهِ وَاجِبُ

١ (كتاب الوكالة - باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

واجب ومشاخ بلخ افتوا بقول زفر رح ظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض
غير ثابت نصا ولا دلالة امانصا فهو ظاهر ما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
ولا يرضى بامانته وقبضه وبه اثنى الصدر الشهيد رح وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت
بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وظهر هذا الوكيل بالتقاضي فانه يملك
القبض على اصل الرواية لانه في اصل معناه وضعا يقال تقاضيته ديني او بديني واقتضيته
ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي
المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز
متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمة الله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية
ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف ظهور
الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل ويكايين بالخصومة
لانقضان الامع لانه رضى بامانتهما لانا مائة احدهما واجتمعا عليها على القبض ممكن
بخلاف الخصومة وان اجتمعا عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس
القضاء وهو مد هب لمهايته **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون وكيل بالخصومة
والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح فاذا اقتضى القبض
وانام الخصم بينة على استيعاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقال لا يكون خصما فلا تقبل
بينه الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض
فلا يكون وكيل بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال
يهدى في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضا بها ولا يبي حنيفة رح انه وكله بالملك
لان الدينون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصعا نابتا في ذمة
من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيعاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء دينون لا يجوز
الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدينون فانه اذا كان توكيلا بالملك كان توكيلا بالاستقراض

(كتاب الوكيل في باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

اذا الوكيل قبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاضى بالقبض والاستقراض باطل
والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالموكل
ياخذ الشفعة اذا قامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل
بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الموهوب العوض فانها تقبل
والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل
احد الشريكين وكيلان بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه
فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب
تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل
ياخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون
هناك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء **قوله** وهذا اشارة
الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة راجع وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق
قوله والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيل
بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه بقبض عين حق الموكل
من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من يده العبد بينه ان الموكل باعه
ايادفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لاعلى خصم
وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم
في قصر يده فيقتصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة فصا ركبا اذا اقامها على انه عزله
عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بقتل المرأة التي زوجها
تلقاها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها
والامتناع العبد على الاعتاق او من هما بيده على الارتها ان الموكل فانها لا تقبل قياسا
لقيامها لاعلى الخصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

بإطلاق والعق والرهن لأنها تتضمن الطلاق والعق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في أحدهما وهما ثبات العق على المولى ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره **قوله** وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقربا ستيفاء الحق أو المدعى عليه فاقربا بثبوته عليه فإن كان ذلك عند القاضي جازوا إلا فلا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا أنه إذا أقر عند غير القاضي يخرج من الوكالة فلا يدفع إليه مال * ولو ادعى بعد ذلك الوكالة وأقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لأنه زعم أنه مبطل في دعواه وقال أبو يوسف رخص جازا قراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رخص أو لا يجوز في الوجهين جميعا * والقياس أما شمول الجواز كما هو مذاهب أبي يوسف رخص وأما شمول عدم كما هو مذاهبهم * والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان * وجه القياس أن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لأنها الخصومة والأقرار ليس بمنازعة لأنه مسألته والأمر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والبراء ويصح التوكيل إذا استثنى الأقراران قال وكلتكم بالخصومة غير جائز الأقرار لو كان الأقرار من حرق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض لئمن أو لا يسلم المبيع * وفيه نظر لأنه لو لم يتناول له لما صح الاستثناء **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافة لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو أيضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه وصحته بشأونه ما يملكه الموكل تطعاً لأن التوكيل في غير المماوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وإن اختلف في ذلك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتدكر ما تقدم فيه * وذلك أي ما يملكه

(كتاب الوكالة * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينان لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لنظر الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريا للصحة تطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر رح ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد رح لكنه انما صح لتخصيصه على الاستثناء وللتخصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا انص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لا مرا لمسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد رح انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعي عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبور على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل ضد توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا تقيد استثناء الاقرار فائدة ولذا دل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعي عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا عليه في الجملة فام يكن استثناء مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناء مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانها انما يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب ادع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجبور المجاز وفيه نظران افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضاءها الى الاقرار فهو ما لا محالة وبها الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة * والاولى ان

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابرء فلا يتناول اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجاز قوله فبعد ذلك شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف ر ح في النسوية بين مجلس القاضي وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل واقاراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازا م يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والافتراء لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناول الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابل الخصومة فكان مجوزا للتضاد وهو مجاز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعا اولا ان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز شرعي نظيرا لاتصال الصوري في اللغوي كما عرف * واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قل لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى تادية للمقصود قوله لكن استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي لبس بجواب كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اتر عند غير القاضي يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه صار منافضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المانع على ما

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والقبض*)

وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعى المال فافرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا
من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه
فكذلك همنا **قوله** ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك ابدأ اي لا بعد براءة الكفيل ولا نباها
اعا بعد البراءة فلانها المالم يصح حال التوكيل لما يذكر لم تقلب صحيحة كمن كفل للغائب
فاجاز ما بعد ما بعته فانه لا يجوز لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تقام صحيحة
وله انه لا البراءة لان التوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره **قوله** لا
لدا في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عاينه فانه لا يصير
وكيلاً لالمال بقبض بتوكيل المديون ببراءة نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان دالاً
في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستنداً الى ما ذكره شيخ الاسلام
ان المديون لا يصلح وكيلاً عن الطالب ببراءة نفسه طلي خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه
لكن الابراء تمليك بدليل انه يرد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واترض بان العمل
لنفسه ضمني لكون الموكل اصيلاً في اثبات الوكالة والخمانيات قد لا تغسر واجيب
بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فليسخها الوكالة
لظربانها عليها كما التواخرت الكفالة عنها فانه نسخها قال المحموي في الجامع الصغير
التوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة ونحوها
ان النسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله فالوكالة دون الكفالة لان الدعالة
عقد لازم لا يمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة نسخاً للكفالة
وان حاز عكسه **قوله** والان قول فولد دليل آخر وتفريه ان الوكالة تسننم قيل دليل لمدى ابدأ
واو صححها الوكالة همنا انتهى اللازم وهو قول قول الكفر مبرراً لنفسه وسواء اللازم من مدعى
اللازم فبارم مدعى حال فرض وجوده وان كان كذا بدمية روم فبارم لان الزكاة في

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

في ما نحن فيه بطلانها في عبد ماذون مديون اعتقه صولا حتى ضمن للغرماء قيمته ويطلب العبد
بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا ما بينا ان الوكيل
من يعمل لغيره وههنا ما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقداره عاملا لنفسه لانه يبرأ به
نفسه فيكون باطلا **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه
وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه
لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بما لها فما اداة المديون مثل مال
رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه
بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب وصدقه فيها والادفع الغريم اليه الدين ثانيا
لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا
والمديون يدعي امرا عارضا وهوسقوط الدين باذائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة
والقول قول المكرم مع يمينه وان لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء وهو واجب على المديون
فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف
ان الوكيل محقق في القبض والمحقق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف
انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ بالناسي والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه
يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت
باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلك فلم
يمكن انقضائه فلم يرجع عليه بما قبضه **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني
اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد
بان قال له اصمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ما لم ارجع
عليك به اذ دفعت اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال ايضا من لك ان اخذ الطالب

(كتاب الوكالة — *باب الوكالة بالخصومة والقبض*)

منك ثانياً ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح
لان الماخوذ ثانياً مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب
في حقهما في ما يقبضه ثانياً فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح
لاضافه الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزله الكفالة بما ذاب له عليه
اي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على
المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدق على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضاً لان فرع التكذيب
سبأني عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجح
الغريم على الوكيل لانه لم يصدق على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاءه رجح عايد وكذا اذا دفعه اليه مكذباله في دعوى الوكالة وهذا اي جواز
الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاولىين وهو التصديق مع التضمين
والسكوت لانه اذا كذب صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع
على الغاصب وقوله لما لا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دال
الرجوع لادليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق
من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكناً من غير تصديق ولا تكذيب
ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحكم بالعادب لان المدعى
صار حقاً للغائب اما ظاهراً وهو في حالة التصديق او محتملاً وهو في حالة الكذب وتبل
ظاهراً ان كان الوكيل ظاهراً بعدائه او محتملاً ان كان فاسقاً او مستور الحال فصار
كساً اذا دفعه الى فصولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من بشر تصرف الغريم ليس له ان ينصه ما لم يتع الياس عن حصول ذم لان
في الناس ان ينفذوا من جهته مرد ودودة تدم ولم يذكر المصنف رجح ان المدعى
الاسترداد لانه لا يملك الاسترداد لانه لا يملك الاسترداد لانه لا يملك

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالبيع)

رح ويحلف على قوليهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه دعا استره يخلف لكن على العلم
لانه على فعل الغير * ولانه ان الاستحلاف يستني على دعوى صحيحة ومالم يثبت نيابته
عن الامر لم يصح دعواه ولا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكره الدين والحكمة
على عكس ذلك يستحلف عدة خلا فاليهما بناء على ان الوكيل يقبض الدين عند
بملك الخصومة رعدة ثبت الركائز في حقه باقراره من قال اني وكيل بقبض الودعة
فصدقه المودع يومه بالدين لانه اقراره لغيره يحقق القبض فانه اقراره بقبض الودعة
على ملك المودع والقرار به لغيره يحقق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر
ان الدينون تنفي بامه اليها فكان اقراره اقرارا على نفسه يحقق المطالبة والقبض فان دفعها
اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع
اولا فهو على الوجه المذكور ار دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
او كذبه فدفعها اليه ربح ار دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
او كذبه فدفعها اليه ربح ار دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
بالضمان واما الاستره دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
وترك الودعة ميراثا له ولا وارثا له دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
اي لان مال الودعة لا يبقى مال المودع دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
نصب ماله ووجهه بكونه حاكما في كونه دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
مال الودعة مال المودع بعد موته دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
وارى انه ضعيف لان الحال مقعد المعامل وكذا متى يجوز ان يكون مقيدا بالمساقفة اي
كلمته في حال المساقفة دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
فان له بعض طائفة رواته في امره دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
ماله بعد موته دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت
انه اشترى الودعة دعيه اليه صدق ولا ربح وان صدقه وضمنه او سكت

(كتاب الوكالة - باب الوكالة بالخصوصة والقبض *)

اقرار المودع اقرار ا ب ملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصد فان في دعوى البيع عليه ولنا قل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالموارث وكان ذكرهما تكراراً ويمكن ان يجاب عنه بان ذكرهما هالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدر ههنا بقوله ولو ادعى وههنا لك بقوله ومن اقر * ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصوصة والقبض بعيد المناسبة **قوله** فان وكل وكيل بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلًا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب الدين فاستحلفه قال المصنف ربح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية كجانبه فان حاف مضى الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رح احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجة لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالاته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقه على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ينبت للموارث فالدعوى عليه واليمين بالا صالحة **قوله** وان وكله بعيب في جارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مستناه الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه المشتري اذا ظهر الخطاء عند نكول الماركة واعاها ههنا بغير مدكن لان العتد ينفسخ بالتقصاء والقضاء بالنفسخ ماض على العقد ع - نبي حنيفة ربح لان القضاء في العقود والنسوخ بنقضها هو ارباطنا وان ظهر الخطاء بالكون والبرين هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما قضى بالنفسخ ولا يرد بالنكول لم ينف

(كتاب الوكالة — * باب الوكالة بالخصومة والقبض *)

لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر
المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها
لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة
لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول
ابي حنيفة رح فلا سبيل للامر على الجارية * سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض هنا
لم يوجه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر
الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء
باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمة نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما فقد
قالوا يجب ان يتخذ الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين
فصل الجارية والدين في دفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري
لان عدم التأخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطأ
وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهر الا باطلا
فان ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر
الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر بالمبايع
حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينظر للظلمة اذا كان غائبا
قوله ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها
على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي انفق من ماله بمقابلة العشرة الذي
اخذه من الموكل الا يكون متبرعا في ما انفق * قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق
وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادعى من الثمن
وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما بادرة حكمية وهذا

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

اي مانحن فيه من التوكيل بالاتفاق كذلك لان التوكيل بشرأ ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الي شراء شيء يصلح لتفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحال فيجوز ان
 الى ان يؤدى نفسه من مال نفسه وكان في التوكيل بذلك تجوز للاستبدال وفي الغياس
 ليس ناديك ويصير مستبرعا في ما اتفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان
 استهلكها من لان الدراهم تعين في الوكالات حتى اوصلت الى المالك في ان
 الوكالة اذا اتفق من مال نفسه فقد اتفق بغيره ويذكر مستبرعا بل اليه سره
 في قضاء الدين وان يدفع المدين الى رجل الموكل بدينه او بغيره
 الزكاة في ذلك من مال نفسه في الغياس مستبرع حتى اذا اراد ان
 ان يبيع الدين في مال لا يكون ذلك في الاستحسان له ذلك ليس بد
 وذلك لان فسخه لا يبرأ ليس بشراء ولا يبرأ الاصرار خيا بنبوت الدين في دينه
 لم يجعل مستبرعا الا في ما يرض به فجعله مستبرعا فاما الاتفاق فيضمن الشراء لان
 بالاتفاق وهما بشرأ الطعام والسرا لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بملكه في الدين
 ثم ينبت له حق الرجوع على الاية فكان رافيا بنبوت الدين فام جعل مستبرعا
 ثم ينبت له حق الرجوع على الاية فكان رافيا بنبوت الدين فام جعل مستبرعا

* باب عزل الوكيل *

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان له مال
 صحيح حضر المملوك او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا ينفذ على حصر
 غيره ودرمان كورا ولا * وان كان للمملوك فان لم يكن طالب من جهة المالك او من غيره
 مناديه فكذلك وان كان فاما ان عام الوكيل والوكالة اولا فان لم يعلم بذلك لا
 للوكالة ان عام الوكيل فكان العزل مائلا او يندم وكذا المصنف رحبان عام له
 لم يصح في ذلك لان الوكيل يدب له حق احصاءه في مجلس الحاكم في باب
 من رافيا في رافيا في ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ووجه حصره

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف رح لان دليله واضح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وهما لا ابطال كما ذكرناه قوله وصار ابي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطاً على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس لذلك لان البيع صار حقاً للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا ولو كانا متشابهين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بدل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرة ما تقدم فكان جائزاً إما في مسند الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلاً اذا لم يكن ان يطالب الراهن ببيع قوله فان لم يبلعه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اصراراً به من وجهين * احدهما من حيث ابطال ولائنا الوكيل يتم عرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب للفيء ادعاء ان لا يلائمه ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة * والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيله بالشراء ودفع المبيع اركان وكيله بالبيع فاذا اكل معزولاً كان التصرف واقعاً له بعد العزل فيضمنه فيتضمنه واوكل بالبيع وغيره سيئان الوجه الاول وقد ذكرنا شرائط العدد او العدالة في النشر يعني ان النقص بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قوله وتعدى الوكالة بدونه الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الركين من غير توقف من رضاء احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

ففى الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصاركانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد في ذلك من قيام الامر فكذا في ما هو بمنزلة وفد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لم تبتد منهم ابتداء وانقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالهوت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفي ما اذا جعل امر امرأته يدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغيبة فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف رح عن بيان التقسيم ساكت وهم مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الذاثم وشرط الاطباق في الجنون لان قايله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عبد ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعده اكر من يوم وليلة لانه يستطبه الصلوات الخمس فصاركاه ليت وهو رواية عن محمد رحمه الله وقال محمد رح آخر احوال كامل لانه يستطبه جميع العبادات فتدبره احتياطا وقال المسائخ رحمهم الله الحكم المدكور في المحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد عنده من نوبة والوكالة من حملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل اولحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عند ههنا فصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يبدل عاين رد به الرخصة لاحتسابه حتى يتقوا من المحاق وقد مر في السيراي كون تصرف المرتد دقيقا

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

موقوفاً أو نافذاً في باب أحكام المرتدين وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لا تؤثر في عقودها لأنها لا تقبل ما خلا التوكيل بالتزويج فإن ردتها تخرج الوكيل أي بالتزويج من الوكالة لأنها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردها تخرج من أن تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلاً منها لو كيّلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بالتجديد **قوله** وإذا وكل المكاتب ثم عجزا والعبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع أو الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم * وإذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافتراقه كذلك لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأنه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كأوكيل بالبيع إذا باعه الموكل وأما إذا وكل المكاتب أو المأذون له بقضاء الدين أو التقاضي فإنها لا تبطل بالعجز والحجر لأن العبد مطالب بإيئاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لأن وجوبه كان بعقده فإذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا إذا وكل أحد المتقاضين وكيلاً بشيء هو وليه ثم افتراقاً قسمياً واشهد أنه لا شركة بينهما ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم جاز أن يكون عليهما لأن توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلاً من جهتهما جميعاً فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل أن يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفرق والجواب أن أحد المتقاضين إذا وكل في ما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكاً فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة لم تبطل الأخرى وهي مستندة إلى حال المفاوضة وتوكيل أحدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما وإذا وكل في ما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعاً وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلاً ببيع شيء من شركتهما جاز عليه

(كتاب الوكالة — *باب عزل الوكيل*)

وعلى صاحبه استحسان الان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المتصور وهو الربح فانه تدل على حصوله بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف رحمه الله ما كتبت من التفصيل في المسئلتين جديعا كما ترى وفيه ما فيه * وقد اؤل بعض الشارحين كلام المقدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كانت في ضمنه اذا عارض تقدير صحته يختص بمسئله الشركة لا غير * على انه مخالف لعبارة الكتاب **قوله** واذا مات الوكيل او حن جنونا طبقة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب المكيل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او حن جنونا طبقة بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وحنونه والا مر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان ما هو رايه لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان له وامة حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب رتد الم بجزله ان بتصرف في ما واكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف رحمه الله عند محمد رحمه الله عند ابي يوسف رحمه الله لا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رحمه الله ان التوكيل اطلاقا لا يرفع المانع ومعناه ان التوكيل كان منصرفا عن ان يتصرف في شيء لم يملكه فاذا وكله رفع المانع وامان بحدث فينا هلية ولا يملك كذا كذا فانه يتصرف بدعيان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة والاطلاق باق من جهة المولى بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل من التصرف بعرض المحاق لتساين الادارين فان ازال العجز والاطلاق باق عاد ولا يؤول الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولا يبي يوسف رحمه الله ان ابيات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمايك والاية التنفيذ فان الرئيس يملك تنفيذ تصرفه على مراكبه بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تسليم الاية المأمورة اصلها ان الولاية لا يملك ذلك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالاية المأمورة وان بطلت الولاية بطلت الولاية المأمورة فصارت كسائر املاكه وادابا الى الملك

(كتاب الوكالة — * باب عزل الوكيل *)

بطلت الولاية واذا بطل الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العلة من المعلوم واذا بطلت
فلا تعود كملكه في المدبر وام الولد وشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة في ما اذا
قضى القاضي بحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عند هم جميعا *
بقي الكلام في توليه لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه
وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل
التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله
وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل
مسلا بعد القضاء بلحاظه بدار الحرب مرتد الا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد راجح
انها تعود كما قال في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه
وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه
الموكل بنفسه، ورد عليه بعيب بنضاء القاضي ماد الوكيل على وكالته، والهرق له
على الطاعن ان معنى الوكالة في حق الموكل على الك وفد زال برده والنضاء بلسانه
وفي حق الوكيل على معنى قائم به وام يزل بالحاق وابر يوسف راجح سوى في عدم
العود بين العامين ولعل ايراد هذه المسئلة صد عروض العوارض المذكورة للموكل
كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جرد كرها في هذا الموضع قوله ومن وكل آخر بشيء
ثم تصرف فيه بنفسه في ما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات
ثم تصرف فيه بنفسه بطات الوكالة فاذا ولد باعق عبده او بكتابتة فاعنته وكاتبه الموكل بنفسه
بطلت كذا لو وكل بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجه مد لا قضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يتزوجها
لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشيء بعينه فاستراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه
الماء ورثا لم يجر وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطاعها بنفسه ثلثا او واحدة وانتضت

(كتاب الدعوى)

عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما فيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او اثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها مادامت في العدة والا عمل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فحاصلها **قوله** لانه لما تصرف بنفسه، تميز على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكل ببيع عبدة فباعه بنفسه بطلت وامر رد عليه بعيب بالقبض فعن ابي يوسف روح الله ليس الوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه مع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقاءه وان كان الموكل اذا قبض بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى والاجماع لانه لا العقد المبدأ في حق غير المتعاقد بهن والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل ان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد روح له ان يبيعه مرة اخرى لان ابا عبد الله صدق وهو باق والامتناع كان بعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكل بالبيع فذهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في البيع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فغير اختياره فام **بكن** دليل زوال الحاجة فاذا اعاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

* كتاب الدعوى *

لما كانت الوكالة بالخصوص متلاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة * وهي في اللغة عبارة عن قول بقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلوم المدعى به وكونه لازما على الخصم * فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء * وان ادعى على وكيل هذا الحاضر وهو مكرم كذلك لا يمكن مراعاة في

(كتاب الدعوى)

في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي أو الإثبات * وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها * وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة **قوله** المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة أي الدعوى لا تحصل إلا من مدعى على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهم من أهم ما تبنتي عليه مسائل الدعوى فإن النبي عليه الصلوة والسلام قال البيعة على المدعي واليمين على من أنكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني المدعى المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو مدعى عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الاستجابة يعني البيعة والقرار بالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد وهو ليس بعام أي جامع لعدم تناوله صورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره وقيل المدعى من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالباطل فهو بمعناه قول من قال المدعى كل من ادعى باطل لينزله به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا أو قرأ الشيء على هيئة والظاهر كون الملاك في يد الملاك وبرائة الذمم فالمدعى هو من يريد إثبات الظاهر والمدعى عليه من يريد قرارة على ما كان عليه * ولعله مقبوض بالمودع فإنه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر إذ رد الوديعة ليس بظاهر لأن الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا إذا ادعى المدعيون براءة ذمته بدفع الدين إلى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لأن المدعيون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل أصلا ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدعى ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد ربح في الأصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من أنكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن لسان في معرفة من أنكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا

(كتاب الدعوى)

بمعنى اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحد لهما على الاخرى يكون بالفقه
اي يكون باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعى
الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة بطلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه
فاذا اقام البينة اعترض الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول
قول المذكر مع يمينه **قوله** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقته
وقد ذكرنا ان معلومية المدعى بد شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يجنبه من بيان
جنسه كالدراهم والدينير والحنطة وغير ذلك وقدرة مثل كذا كذا دراهم او دراهم
او كرا لان فائدة الدعوى الالتزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق
فان كان المدعى به عيني بد المدعى عليه كافي احضاره الى مجلس الحكم بالاشارة اليها
في الدعوى والشهادة والاستخلاف لان الاعلام بافصى ما يمكن شراً انغيا للجهالة وذلك
في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه
بخلاف ذكر الارصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم
وقال لي علي فلان كذا دراهم فلا أسخض اليه لان الصداقة رضي الله عنه منهم
فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم وعالي هذا التمسك به من اربابهم
الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى **وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ فِيهِمْ**
إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ الى قوله **بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** **سَمَاءُ** **فَالْمُحْسِنُونَ** **لَا يَرَوْنَ**
عند الطلب فاذا حضروا وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ابتداءً بصورة ولو لم عليه
احصار المدعى به لما يلزم من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا استعصى عجز المدعى
عن اقامة البينة وسند كونه اي وجوب البين عليه في آخر هذا الباب **قوله** **يَا أَيُّهَا**
الحاضر انزله ذكره فيها يعني اذا رفع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعى
ذكره فيها الصريح المدعى به معاونه اذكر الورد في اسر بكاف لان البين لا يثبت بالتوقف وان

(كتاب الدعوى)

وان بولغ فيه لا مكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيد او قوله وقد تعدر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان مشاهدة تعدرت واغلاق تركيبه لا يخفى وقال العقيه ابو الليث بشرط مع بيان القيمة ذكر الدكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلولم تكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والدكورة * ومن المشائخ رح من ابي ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الدكورة والانوثة **قوله** فاما ادعى عقارا حدد اذا كان المدعى به عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعى انه في يد المدعى عليه وانه يطالب به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حده لانه لما تعدر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى رحمهما الله فانه يستغنى عن ذكرها ولا بد من ذكر الحد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكفي بها عندنا خلافا لفررح لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانت في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى به ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركوا ذكر الثمن جاز ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادة تهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفرح

(كتاب الدعوى)

الترك على الغلط وكما يشترط النجدة في الدعوى يشترط في الشهادة وأما الثاني فلا بد منه
لأنه إنما ينتصب خصما إذا كان المدعى في بده وفي العار لا يكفي بذكر المدعى وتصديق
المدعى عليه أنه في بده بل لا يثبت البده فيه إلا بالبينة بأن يشهدوا أنهم عاينوا أنه في بده
حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على البده
من ذلك أو يعلم القاضي أنه في بده نفيًا لتهمة المواقعة لأن العار قد يكون في بد غيرهما
وهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعى بأن العار في يد المدعى عليه أحكم
القاضي باليد المدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء التصرف
في مال الغير وذلك يعرضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المقول
فإن البده فيه مساهدة وأما الثالث فلأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عار أنه تسامح
لأنه يؤل إلى تفدير فلا بد من طالب المطالبة متامل ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون
مرهونًا في بده أو محموسًا باليمن في بده وبالمطالبة نزول هذه الاحتمالات وعن هذا إلى
بسبب هذا الاحتمال قال المسائخ رحمهم الله في المقول بحسب أن يقول وهو في بده
بغير حق لأن العين في بده في هاتين الصورتين بحق وإن كان المدعى به حيا
في الدمه ذكر المدعى أنه يطالبه به لما قبلنا يعني قوله لأن المطالبة حقه فلا بد من طالب وهذا
لأن صاحب الدمه قد حضر فامسح المطالبة لكن لا بد من تعريفه الوصف لأن قال
فيها أو فضة فإن كان مضروبًا بقول كذا كذا دينار أو درهمًا حديدًا أو رديثًا أو وسطًا إذا
كان في البلد نقود مختلفة أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة إلى ذلك وفي الجملة
لا بد في كل جنس الأعلام بأقصى ما يمكن به التعريف **قوله** وإذا صح الدعوى
إذا صح الدعوى بسروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها ليسدسًا، وأحد أحكم
أنه لا بد من واحد من أمرين إما أن يكون أمرًا بالخروج عما لزمه بالحجة أو بصيرمه هو أمرًا أن

ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا فالوا اطلاق الحكم توسع * وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي عرضة ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال ليكشف له احد الوحيين فاذا سأل فان اعترف به يأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بيته فقال لا فقال لك يمينه سأل عليه السلام ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها عليه لانتهاء التهمة عن الدعوى اترجم جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحله عليه المارونذا يرد بدواه عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلب الاستحلاف لان اليمين حقه الا يرى كيف اصف اليه يحرف اللام في قوله لك يمينه * قيل اما جعل يمين المدعي حقا للمدعي لانه برعم ان خصمه اتوى حقه بالكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما رعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلته اتواء وهو مشروع كالفصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم المدعي عليه يبال الواب بذكر اسم الله صادقا * ثم امارتبت اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالتزام عليه بل على وجه التذكير له فاو قد ما اليمين ام بكن فيه انظر للمدعي عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائر اقامتها بعد ها وفي ذلك افتصاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر *

(كتاب الدعوى — باب اليمين *)

* باب اليمين *

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين
يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قوله** واذا قال المدعي
لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحدوث المعروف
وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبت به يجيبه ولا يبي حنيفة رح ان ثبوت الحق
في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام المدعي اليك بينة فقال
لا نقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد رح مع ابي يوسف رح في ما
ذكره الخصاص ومع ابي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي
لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر
والقسمة تناق الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل جلس
الايمان على المكربين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء المجلس
شيء استدلال آخر بالحدوث فيه خلاف الشافعي رح وسأيتني **قوله** ولا تقبل يمينه احب
اليدي المالك المطابق لاند مدعي عليه وليس عليه البينة لما روينا * وقيد بملك المطابق لاند
عن المتيد بدعوى المراج من المتيد بما اذا ادعى تلقى المالك من واحد واحد بما باض
وبما اذا ادعى المراء من اثنين وتاريخ احدهما سبق فان في هذه الصورة تقبل يمينه
في اليد بالاجماع ان كان مقتضى القسمة حيث قبلت يمينه في اليد وهو مدعي عليه
فان نعم الان في المراء حيث ما ادعاه من الربادعة والمراج والتبض وسبق التاريخ فهو
من تارك التبض المدعي والبينة المدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لانه
انه ذاك مدعي بل لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وهو هنا

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

وههنا لم يعجزوا ذاتعارضت بينة الخارج وذى اليد فى الملك المطلق فبينه الخارج أولى لعدم
ريادة تصير بها ذواليد مدعى وقال الشافعي رحمه يقضى بينة ذى اليد لأنها اعتضدت باليد
والمعتضد أقوى فصاركما اذا اقامها على نتاج دابة وهي في يد احدهما و اقامها على
نكاح ولا حد هما يد فانه يقضى لذى اليد وصاركد دعوى الملك مع الاعناق بان يكون عبد
في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعنته و اقام ذواليد البينة انه اعنته وهو يملكه
فبينه ذواليد أولى من بينه الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاء والتدبير
قلنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي واظهارا يعني في الواقع فان بينته
تظهر ما كان دُنيا في الواقع لان قدر ما اثبتت اليد لا يثبت بينة ذى اليد لان دليل مطلق
الملك فبينته لا يثبت له لا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهره
وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج
تزيل ما ثبت باليد من الملك فبينه ذى اليد تعيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب
بانها ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها
كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته
مثبتة بل مؤكدة ملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد بخلاف النتاج والكاح لان اليد
لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات
فترجح احداهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج أولى لكونها اكثر اثباتا
لانهما تثبت اليد والنتاج وبينه ذى اليد تثبت النتاج لا غيرا جيب بان بينة النتاج لا توجب
الا باليد الملك وهما تساويان في ذلك وترجح ذواليد باليد فيقضى له **قوله** وكذا على الاعناق واختيه
اي اليد لا تدل على الاعناق والاستيلاء والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذى اليد
ثم ترجح بينة ذى اليد **قوله** وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعناق والاستيلاء والتدبير
معناه ان البينتين في الاعناق واختيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

وهما قد استويا في ذلك وترجم صاحب اليد بحكم يده **قوله** وإذا نكل المدعى عليه
عن اليمين وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه
عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به عليه بل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى به
وان نكل انتقضت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة
والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك ولا ينصب حجة بخلاف يمين
المدعى لانه دال على الظهور فيصار اليه ولذا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول
بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقران كان اقرارا كما هو مذهب ما اذلول لان ذلك
لا قدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب لابلها واجبة عليه بقوله عليه السلام واليمين
على من اكر وكلمة على للوجوب ودفع للضرر عن نفسه فترجم هذا الجواب اي جانب
كونه باذلا ان ترفع او مقران ان تورع لان الترفع والنورع انما يحل اذا لم ينض
الى الضرر بالغير واعترض بان الالتزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان
الله تعالى قال **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ**
فالتضاء بالنكول مخالف وقال عليه السلام **السبب على المدعى واليمين على من اكر** ولم يذكر
النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فيكوله صار الظاهر
شاهدا للمدعى فيعود اليمين الى جانب المدعى وهذا بدأ في اللعان بالانسان من جانب
الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا وحيث بان الكتاب
والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي التضاء بالنكول لان تخصيص السعي بان كرا بدل
على نفي احكام عدا اعداء الاجماع يدل على حوازه به روي اجماع الصحابة رضي الله عنهم
على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه
فدروى عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المكرو طلب منه رد اليمين على المدعى فقال له
ليس كاليه سئل رضي بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال علي رضي الله عنه

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

عنه قالون وهو بلغه اهل الروم اصبحت واذا ثبت الاحماع بطل القياس على ان اللعان ^{عنه} شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود فلا يجوز ان يكون الكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضى الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لارد اليمين فان رد اليمين لوجه له لما قد صافي قوله ولا يرد اليمين على المدعي **قوله** ويبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعي عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم ان هو موضع الخفاء لعدم دلالة نص على ذلك فبجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قوله لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه لما مر غير مرة * ثم العرض ثلث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قد صاف ان الكول بدل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره ازباده الإحباط والمباغة في ابراء الاغدار فصار كامهال المرتد عليه ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر ميسم وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل او قضى بالنكول مرة واحدة لا يثبده لانه اصعب من البذل والاقرار يستلزم فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما دعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل بقول له ذلك ثانيا فان نكل بقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قوله** واذا كانت الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الابلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العاقبة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والدته او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا تنحقق الا من جانب الامه

(كتاب الدعوى — *باب اليمين*)

لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت الاستيلاء باقراره ولا يلتفت الى انكارها وادعت
المرأة على زوجها انه قد بها بما يوجب اللعان وانكر الزوج وادعى على رجل ما يوجب السحد
وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة ر ح وقالوا يستحلف في ذلك كله الا في السحد
واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما دعى به اي معنى
قوله ان لولا ذلك لا قدم على اليمين اقامة للواجب ودفع للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل
الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظماله ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابتداء ماله
على ملكه فلولاهو كاذب في يمينه لما ترك هذه القوائد الثابت والافرار يجري في هذه الاشياء
فيعمل بالنكول في الاول اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة في ما لا ينبرى
بالشبهات فلا يجري في السحد والعان في معنى السحد فلا يجري فيه ايضاً * وعليه نقوض
اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي
ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه
ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف
الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه
عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره
في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان نادى المكفول له على
فلان مالا فانكرو نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
النكول اقرارا لقضى به والاجاب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الافرار
ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعى يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذاك
بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تقطع الا يمين فان انكل كان بدلا
عن الاقرار تطع الخصومة فالتقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا بد
على تدبير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم الطريقة تغيير المدعى ولا يبي حنيفة ر ح

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو ما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولي كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يوذني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك لا يصح * وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادعى بقضاء كمال الصالح عن انكار واستحق بدل الصالح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان بذله باطل الخامس يقضى بالتقصص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها * والجواب عن الاول ان بدل الصالح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المدايات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجد بل هو موجب قطعاً للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والضيافة والسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل فيها غير حامل بل هو حامل اذا كان مفيداً لنحو ان يقول اقطع يدي وبها آكاة لم بأنهم يقطعونها وفيه الكيل مفيداً لاندبجترزبه عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

بالرأي وهو لا يجوز لأن أبا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم ينف اليمين فائدها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلاً لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب من معذور لا يتحقق منه أداء الصلوة لغوات المتصود **قوله** وفائدة الاستحلاف يعني أن البذل في هذه الأشياء لا يجري ففائدة الاستحلاف لأن فائده القضاء بالنكول والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله إلا أن هذا بذل جواب سؤال مقدّر تقديره لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لأن فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفاً أنهما يملكان ما لا بدله من التجارة وبذلها بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال أنه لو كان بذلاً لما جرى في الدين لأنه وصف في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك أن البذل في الدين أن لم يصح فاما أن يكون من جهة القابض أو من جهة الدافع فإن كان الأول فلا مانع منه لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه وإن كان الثاني فالمراد به هنا أي في الدين ترك المنع وجازاته أن يترك المنع فإن قيل فهل جعل في الأشياء السبعة أيضاً ترك المنع حتى يجري فيها أجيب بأن أمر المال حين تجري فيه الإباحة بخلاف تلك الأشياء فإن أمرها ليس بهين حيث لا تجري فيها الإباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة غير التبرك * وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطالع البحث من تعريفه وهو أنما نطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم **قوله** ويستحلف السارق إذا كان مراد المسروق منه أخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لأنه يثبت بالشبهات فيجوز أن يثبت بالنكول وعن محمد رحمه الله قال القاضي يقول للمدعي ما ذاك رد فإن قال أريد النطع قال له الثاني الحد رد لا يستحلف فيها فليس أك يمين وإن قال أريد المال يقول له دفع دعوى السارق وأثبت على دعوى المال قال المصنف رحمه الله إن كان المدعي وأما نطع لأن المدعي لا يثبت به النكول شيئا من الضمان فيجعل النكول فيه وأما نطع وهو لا يثبت به

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استخلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستخلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون في كل مهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عايه او طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجرى اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حرة تريد قصريده الملتقط بحق حضانتها وارادت استخلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب * وكذا اذا اوهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستخلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة **قوله** لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميلا على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستخلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوجة فان دعواهما يصح من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستخلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار **قوله** ومن ادعى قصاصا على

(كتاب الدعوى — * باب اليمين *)

غيره فجعله ومن ادعى قصاصا على غيره فجدد وليس للمدعي بينة يستخلف المدعى عليه
بالاحكام سواء كانت الدعوى في النفس او في ماله وانما ان يكل عن اليمين لزمه
في ماله دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقرأ او يحلف عدا يحبسه روح
وقال لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عدهما فلا يشتد بالقصاص ويجب
به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهد من عاينه خاصة كما ان الفرد الخطاء
واو اي يدعي العدد وفي مانحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء
واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ماله او امرأتين
او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحق قامت بالقصاص لكن تعذر استيعاؤه
ولم يسبه الخطاء فلا يجب شيء ولا تفتوت في هذا المعنى بين النفس وماله وان قيل
من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث نبت المال فيها بعد انقضاء القطع بشهادة رجل
وامرأتين كما يجب بالكول وههنا يثبت بالكول دون الشهادة اجيب بان المال منه
اصل يرتعدى الى القطع واذا نصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص
لم يتعدى الى المال اذ ارجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق الملة المخصمين للذات
سلامة الملة والمعتول نصه ان لا يدعى عن المهدروم بوحده في صورة الشهادة لعدم شبهتها
بالخطاء ولا يبيح منه روح ان الاعتراف بسلوك بهاء سلك الا و ال لا يخلو في وقايد
الاسلام والاعمال بحريته في الدل الذي انما المال امتاع يدي يقطعها لا يجب انصه ان
يسلك الا ان حيث اصل المال بغير الاعتراف لا يمس حركته لا بحريته فيها البذل فانه
يقل انما يبيح منه روح ان الاعتراف بسلوك بهاء سلك الا و ال لا يخلو في وقايد
الاسلام والاعمال بحريته في الدل الذي انما المال امتاع يدي يقطعها لا يجب انصه ان
يسلك الا ان حيث اصل المال بغير الاعتراف لا يمس حركته لا بحريته فيها البذل فانه
يقل انما يبيح منه روح ان الاعتراف بسلوك بهاء سلك الا و ال لا يخلو في وقايد
الاسلام والاعمال بحريته في الدل الذي انما المال امتاع يدي يقطعها لا يجب انصه ان

مفيد لا بد فاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين * احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول * والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه أولى واجيب عن الاول بان الأطراف يسلك بها مسالك الاموال في حقوق العباد لانهم محتاجون اليها فيشت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان رفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل في الأطراف جائز فيثبت القطع به وفي النفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرأوا او يحلفوا **قوله** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصرف اما ان يكون المدعي عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعطه زميلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر به لازمة اما حوار الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما حوار الكيل فهو اسحسان واثمياس باباه قبل اقامة الحججة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مسحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه وبحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحصاره نظر المدعي وضرر المدعي عليه به بسبب فبتحمل كالاعداد والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بسلطة انا م فروي عن الشيخين رح من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد رح انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا تخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يوخذو كذا اذا كان المدعي به حقير لا تخفى المرأ نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فلما لا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي عيب لا يكفل لعدم العائدة لان العائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجهه ان ليس كل غائب يؤوب

(كتاب الدعوى ~~بالحلف اليمين~~ * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

وان كان مسافرا ~~فالحال~~ والملازمة بقدر ان بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير
ضروري الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه من السفر وكيفية الملازمة سنذكرها في كتاب الحجر

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صرفتها لان كيفية الشيء
وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام
من كان منكم حائفا فليحلف بالله اولى ذرو كلامه فيه ظاهر **قوله** ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لثقل مبالاة المدعى عليه باليمين
بالله لكنهم قالوا ان بكل عن اليمين لا يقضى عليه بالهكول لانه بكل عما هو منهى عنه
شرعا ولو قضى به لم يند قصاؤه وان حور بالانصر اسم اعجبي روي انه عليه السلام
راى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنا فامر
باحضار ابن صور يا وهو جبرهم فقال ابندك ابي احلفك بالله الذي انزل التوراة
على موسى ان حكم الزاني كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي
بذلك ولا يجب تغليب اليمين على المسلم زمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المتقسم به
وهو حاصل بدون ذلك وفي الجاه حرج على القاضي بحصوره وهو مدموع وقال
الشافعي رح اذا كانت اليمين في فساد او في لعان او في مال عظيم ان كان بدنة مبین
الركن والمذام وان كان المذمة فعند تراسبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة
وفي سائر الدادى التوامع وكذلك يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج
على الحاكم **قوله** ومن ادعى ان الله ادعى من هذا صده بالف فحده هذا نوع آخر
من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب * والحاصل في ذاك ان السبب
امان كان مما يرتفع برفع الادان كان الراسي بالحلف على السبب والاحصاء وان كان
الاول وان نصرا المدعى بالحلف على الحاصل فكذلك وان لم يصح بالحلف على

على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند أبي يوسف رحمه
الآل إذا عرض المدعى عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي أحلف بالله
ما بعت أيها القاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف
على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الأئمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل
ينظر إلى إنكار المدعى عليه أن إنكار السبب يحلف عليه وإن إنكار الحكم يحلف
على الحاصل فعلى الظاهر إذا ادعى العبد المسلم العنق على مولاه وجحد المولى
يحلف على السبب لعدم تكرره لأنه إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد
وهو بالنسبة إلى المسلم ليس بمصور لأنه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والأمة مطلقاً
فإن الرق يتكرر عليه بنقض العهد والحقاق وعليها بالردة والحقاق وإذا ادعت المبتوتة
النفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب
لأنه لو حلف على الحاصل اصدق في مميته في معتقده فينصر المدعى فإن قيل بالحلف
على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز أن يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت
عن الطلب وليس بالولي بالضرر من المدعى أجيب بأنه أولى بذلك لأن القاضي
لا يجد بداً من الحق الضرر بأحد هما والمدعى يدعي ما هو أصله لأن الشرع إذا ثبت
ثبت الحق له وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم
الدليل على العارض وإذا ادعى الطلاق أو الغصب أو الكاح أو البيع يحلف عندهما
على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك ردة وما بينكما نكاح قائم
أو بيع قائم في الحال لأن السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعد
أبي يوسف رحمه الحلف على السبب **قوله** ومن ورث عبداً فادعاه آخر استحلف
على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبتات* والضابطة
في ذلك أن الدعوى إذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وإن وقعت

(كتاب الدعوى * باب اليمين * فصل في كيفية اليمين والاستحلاف)

على فعل المدعى عليه كان على البتات ونقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما آبق وما سرق مع انه على فعل الغير وبالمدعى اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والتبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقران الموكل قبض الثمن وانكراه الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير * وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا ادعى لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعى العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع بتسليم المبيع سلبا عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو انما لا يرجع الى ما ضمن وهو النقض * واذا ورث مبداء وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذا اشترى سبب لبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قبل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لبوت الملك سبب اختياري لما شرد بعينه فيعلم ما صنع **قوله** ومن ادعى على آخر ما لا فائدة عن بيمناه وصالحه عليها على شيء المال المدعى به او اقل جاز وهو ثمر عن ثمنان رضي الله عنه وانظر المدعي بشيء الى انه كان يدعى عليه ذكر في العوائد الظهير به ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وان دعى عن بيمنه ولم يحلف يقل الاتحاف رأت صادف هذا الخاف ان دوائف تدريمسي فيقال هذا بسبب بيمنه الكاذبه وذكر ان مقدار من الاسود اسمر من عدان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم فصاه اربعة آلاف فتراعا الى عسر رضى الله عنه في خلاصه هذا ان يحلف يااه المورس ان الامر كذا نقول واذا حلف في آلاف قتال عسر عدان رضي الله عنه

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

عنهما انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله * فيكون دليلا للسافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعى الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه يقول * ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظه الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجوز كان له ان يستحلفه لان السراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم بالصواب

* باب التحالف *

واعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبعي واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البائع بان المبيع كرم من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البيينة قضى له بها لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى والبيينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبها وان اقام كل واحد منهما بيينة كانت البيينة المبيته للزيادة اولى لان البيئات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمبتهها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في النمن والمبيع جميعا فقال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثها وهذه معها بخمسين ديناروا فاما بيينة البيينة البائع اولى في النمن وبيينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقبل هذا قول ابي حنيفة رح آخر اركان يقول اولاهو قول زفر رح بقصى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرون ديناراً وان كان الاختلاف في جنس النمن كما لو قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة ديناروا فاما البيينة فهي لمن لا اتفاق على ذكره وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع

(كتاب الدعوى — باب التحالف)

[illegible]

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

أو صرفاً يبدأ القاصي يمين أيهما شاء لاستوائيهما **قوله** وصفة اليمين ذكر في الأصل صفة
اليمين أن يحلف النائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالعين وقال
في الزادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالعين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالعين وقد اشتراه بالف بضم الانبات الى الفyi تأكيداً والاصح الاقتصار على الفyi
لان الايمان وضعت للفyi كاليات للانبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلاً وفيه نظر لان ذلك لا يبا في التأكيد وان حلعا فسخ القاصي البيع بينهما
اذ اطلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا يفسخ
بفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانهما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعاً مجهولاً بفسخه
الحاكم قطعاً للممازعة اذ لم يثبت البديل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد وسيله الفسخ
فلما لم يفسخ كان قائماً قال في المبسوط حل للمشتري وطىء الجارية اذ كانت المبيعة
وان بكل احدهما عن اليمين لزم مدعى الدعوى الاحواله جميل نادراً لصحة الدل في الامواض
واذا كان نادراً لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاحواله القول بنسوة اعدم المعارض **قوله** واذا
اختلف في الاجل واذا اختلف في الاجل في اصلها وفي قدره او في شرط الخيار او في استبعاد بعض المدن
فلا تحالف بينهما والقول قول النائع * وقال رفروا * فعي رحمهما الله ينحالفان لان الاجل جار
مجري الوصف فان السمن يزداد عند زيادة الاحل والاختلاف في وصف السمن يوجب
التحالف فكذلك اذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عابه والمعقود به والاختلاف في غيرهما
لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص والاختلاف في ما ينتم به العقد والاجل
وراء ذلك كسرط الخيار في ان العقد يدهما لا يخل فلم يكن في معنى المصوص عليه
حتى احق به فصار كالاختلاف في الخط والبراء عن السمن بخلاف الاختلاف في
وصف السمن كالحودة والرداءة وجسه كادراهم والد ثاير حيث يكون الاختلاف
فيهما كالاختلاف في قدرة في جريان اسحاف لان ذلك يرجع الى نفس السمن

(كتاب الدعوى — باب التحالف *)

لكونه ديناً وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد لبقاء ما يحصل ثمناً * ولو اختلفنا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغاً عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي * واذا اتفقا في الاجل واختلفا في مضي الاجل فالتقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قوله** فان ذلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة على التحالف لا تنفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة ما الدليل العقلي فهو قوله عليه السلام اذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متأب ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فمذكور في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد رفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة فان كان مفيداً كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة نادى على احد من المتبايعين بالاداء والآخر بالانفير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولا بى حنيفة وابى

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

وأبي يوسف رحمه الله أن الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحق أحدهما بالآخر
جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فسادا للوضع * أما الأول فلأن
قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر يوجب اليمين على المشتري
خاصة لأنه المكسب في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام
والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل أنه مذكور على سبيل التنبيه لأنه ليس بمعنى مقصود
بل هو تأكيد والتأسيس أولى * على أنه أما معطوف على الشرط أو حال فيكون مذكورا
على سبيل الشرط * وأما الثاني فلأن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السعة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى غيره
فإن قيل فليكن ملحقا بالدلالة أجاب بقوله والتحالف فيه أي في حال القيام يفضي
إلى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برء أس ماله بعينه إليه ولا كذلك
بعد هلاكها لا يرى أنه لا يفسخ بالافالة والرد بالإيجاب فكذا بالتحالف فليس في معناه
فبطل الإلحاق بالدلالة أيضا **قوله** ولأنه لا يباي جواب عن نواهما أن كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة أي سلمنا ذلك لكن
لا يضرنا في مانحن فيه لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا افضى إلى التناكر وههنا ليس
كذلك لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وقد تم بهلاكه وليس
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا
بيعا وهبة فإن في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لا اختلاف السبب وأجيب
عن الأول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بأنه على الاختلاف والمذكور
في بعض الكتب قول محمد ر ح وقوله وأما يراعي جواب عن قولهما وأنه يفيد زيادة
دفع النمن ومعناه أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم
ليس منها فإنه من موجبات النكول والكول من موجبات التحالف والتحالف

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم بردها لالهالك ان كان له ثمنه ان لم يكن **قوله** فان هلك احد العبدین ثم احتلما راد باع الرجل عبيدين غنمه وحدثت بينهما المشتري فهلك احد هاتين اختلفا في الثمن فقال البائع بعنهما نك بالذي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالدرهم لم يسمع الباع عند أبي حنيفة رح الا ان يرصي البائع ان يترك حصه الهالك وفي الجاهع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي وحده ولا شيء له واختلف هاتين الروايتين في اللفظ لا بخفي * واختلف المشايخ رحمهم الله في توجيه قوله ان يترك حصه الهالك وتوكله ان يأخذ الحي وحده ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا * فالواحد معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكان له لم يكن وصار الثمن كله بعتا بلة الثائم والاستثناء بنصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفوا الا اذا ترك البائع حصه الهالك فيتحالفان * والمراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي وحده ولا شيء له ما دللنا من ثمن الهالك شيئا أصلا وعلى هذا عامتهم * وقال بعضهم معاد لم يتحالفوا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرصي البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شبه آخر زادنا على ما اوردته المشتري وعلى هذا بنصرف الاستثناء الى بين المشتري لا الى التحالف لانه اذا باع يقول المشتري وصده لا يتحلف المشتري * وكلام المصنف رح في

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل
بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام
انه لا يمكن بطريق الصلح لكان معلقا به شيئتهما * قبل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك
من ثمن المبت شيئا مما اقربه المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف رح
يتحالفان في الحي فيفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله
في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سياتي وقال محمد رح
يتحالفان عليهما وينسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محجوج الى
معرفة القيمة بالحرز وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولا يبي يوسف رح ان امتناع
التحالف للهلاك فيقدر بقدره والجواب لا يبي حنيفة رح ان التحالف على خلاف
القياس في حال قيام السلعة وهي اسه لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض
فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف
في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحرز
والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ويغتن مما ذكرنا
ان احدا لدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس * وفيه اشارة الى الجواب
عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في النوب ثم اخلفا في مقدار
الاجرة ففي حصة العمل القول لرب النوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان
بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدین وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح
ايضا دون هلاك احد العبدین وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ
بالهلاك في البعض تنذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة متجددة فكل جزء
من العمل بمنزلة متفرد لا بد على حدة فبتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

بنفي الالحاق بالدلالة * وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
كما ذكرناه ثم تفسر التحالف على قول محمد رحم ما بيناه في القائم وهو قوله وصفته
اليمن ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى آخره وانما لم يختلف صفته التحالف عنده
في صورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتعاق وحلما ثم ادعى
احدهما او كلاهما النسخ يفسخ العقد بينهما وياً من القاصي المشتري بدياله في وقينه الهالك
والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمته وهو يكره الاختلاف في قيمة
المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحم فمنهم من قال ان ما عاى الثائم
لا غير لان العقد يفسخ في التماثل في الهالك * وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله
ما اشترت التماثل حصته من النمن الذي يدعيه التائع حلف كان صادراً كذا لو حلف
التائع بالله ما باعت التماثل حصته من النمن الذي يدعيه المشتري صدق ولا يبدل النسخ
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشترىتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزم مدعوى
البائع وان حلف بحلف البائع بالله ما بيعتهما بالنمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزم مدعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من النمن ويأزم
المشتري حصته الهالك من النمن الذي يقربه المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة
تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عدد يعتبر قيمتهما في الانقسام يوم التقبض
يعني يقسم النمن الذي اقربه المشتري على العبد التائم والهالك على قدر قيمتهما
يوم انقضاء فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري
نصف النمن الذي اقربه المشتري وسقط عنه نصف النمن وان تصادف ان قيمتهما يوم القبض
كانت على العاوت فان تصادف على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم
يجب على المشتري ثلث ما اقره من النمن وان اختلفا في ذلك فله ان المشتري كانت
قيمة النمن يوم القبض النما وقيمة الهالك خدساً له وقول البائع على العاكس دليل

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد رح قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدین هما صارا مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل اوردته على كل قوم نحري فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخيل لي بعد طول التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وفي ما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما بظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد رح حتى قال بضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمته يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من السارحين واقول الاصل في ما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر قيمته يوم القبض لانه ما انفسخ العقد وهو قبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم القبض وفي ما نحن فيه لما كانت الصنقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصنقة غير منسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانساخ وانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانساخ فيهما اقام البينة تقبل بيته لانه نورد عواها بالحجة وان اقامها ببيته البائع اولى لانها اكثر اربابا

(كتاب الدعوى — باب التحالف *)

ظاهر الاتباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك * ثم ذكر المصنف ر ح ما هو على قياسه من بيعوع الاصل وهو ظاهر ما ذكرنا وذكر الققه في ان القول ههنا قول البائع والبيئ ايضا بيئته مع ان المعهود خلاف ذلك اذا البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البيئته وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين * وذلك ان كلا من اليمين والبيئته يمتنع في امر حازان بجمع مع الآخر باعتبار ان فجاز اجتماعهما كذلك فسنى الايمان على حثيثه الحال ائلا يلزم الاقدام على القسم بجهل النوعين البيئات على الظاهر لان الساهد يخبر عن فعل غير الاعمال فعمله فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عدد بهزل او تلجئة او غير ذلك * وان ظهر هذا حازان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة او هو اعلم بحال نفسه وان تقبل بيئته لانه مدع في الظاهر واذا افاد البيئته يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظرا لاندعلل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها يتوجه على احد العاقلين وهم يعرفان حقيقة الحال وهو متفرع على المدعي فان توجه اليمين على احد العاقلين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة وبه يمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل يمينك بمعنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف ر ح في التحالف وتقرعاته التي ذكرت في مسئلة التحامع الصغير قوله ومن اشترى جاره وقد تمسها وقبضها ثم نقضها لم يقبض الساع المبيع بعد الا والله حتى اختلفا في السن فانها بتمسها ايمان ويعود البيع الاول حتى يكون حق الناع في السن وحق المسري في المبيع كمالان قبل الاقالة والابد من التسع سواء باءا بالتمسها او تسحبها الداعي لانها لم يبع لا تسع الا بالتمسح بان ميل من ثمنا والالا اءا ر ح ان التحالف فيها احاد انواه ونحن ما انبأ التمسح في فدايا النص الا سور في التسع في رايه في حيا لم ياء في فلا

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

فلا يدخل تحته وإنما اثبتناه بالقياس لأن ما نحن فيه من مسألة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس
يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه
في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض
والقيمة على العين في ما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك
غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة
فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف
عند بقاء العين المشتري لكون النص ان ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين
لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قوله**
ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كره حطه ثم تفاذلا ثم احلعا في السلم
لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف النسخ والا لذي باب السلم
لا يحتمله لكونها اسقاطا للمسلم فيه وهودين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع
فانها يحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عودة الى البائع الا يرى
ان راس مال السلم لو كان عرضا فردة بالعيب يعني قضى القاضي بذلك
وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم فلو كان ذلك في بيع العين
عادا لبيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس
المال وهو ينكرها ما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط
بالاقالة قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفي ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا
فما الفرق لمحمد رح في اجراء التحالف في ضرورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب
بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة

(كتاب الدموى — * باب التحالف *)

يجري في البيع لافي الفسخ **قوله** واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بائناً وقالت تزوجتني بالعين وبهما امام البيعة فبليت بينته لانه نفرد عوايه بالحجة اما قبول بيعة المرأة فظاهر لانها تدعى الزيادة وانما الاشكال في قبول بيعة الزوج لانه مكر الزيادة فكان عليه اليقين لا البيعة وانما قبلت لانه مدعى في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا فان اقاموا على ما حلوا ما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا ما ان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تبين الزيادة وان كان الثاني فالبيعة للزوج لانها تستلحق ويستلحق لانه استسوت ما ادعته بسداد مهر المثل وان عجزا عنها تحل له عند ابي حنيفة ربح ولا يفسخ الكاح لان اثر التحالف في عدم التسمية وانما لا يخل بصحة الكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقاءه بلائنه وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروط في البيع والكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته ففسخ العقد والكاح ههنا لا يفسخ احيب بان موجهه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيًا مكرًا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود في الحق به وانما لا يفسخ الكاح لما ذكر في الكتاب وتوصيحه ان التسمية في البيع اما كان لبقاء العقد لا لادل والكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا بصار اليه عند اعدام التسمية وهذا على ما سبق تخصيص العلل والمجوز محاص ومخاص غيره معاوم وقوله واكثر يحكم به المثل لسداد الك من قوله ولا يفسخ الكاح اي لكن يحكم به المثل انقطع النزاع وان كان له اعتراف به الزوج او اهل قصي بما دل عليه لان الظاهر ساهد له وان كان له ادعاء اداة او اكر قصي بما قاله كذلك وان كان اكر بعد اعتراف الزوج وادعته بتزويجها به المثل لا يفسخ الكاح لم يثبت الردة على مهر المثل ولا الخط عليه قال في المحقق في ذلك التحالف ان الامم التحكيم وهذا قول الدرر جري لان مهر المثل الا ان يرد مع وحدون التسمية وانما وجب الكاح لان التسمية معقولة وانما هو بالحق فانها قد ايدى في

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

في الوجوه كلها يعني في ما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو اقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه أو كان بينهما فهو خمسة وجوه * وما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم تكن مهر المثل شاهدا للاحد هما وفي ما عداه فالقول قوله يمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله أو اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو أكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما * واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية يمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فمنوع ولتأمل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اخذت المتبايعان في السن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محذور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امره بآية لا ييقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها يعلم بالحرز والظن فلا يفيد المعردة ولا

حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجلا لعائدة النول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخرج الرازي بخلافه وهو التحكيم او لا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان النول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستكر يعني في باب المهر فلا يعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة ندعية على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمه يعني انه يحكم مهر المثل او لا فمن شهد له فالقول قوله وان كان بينهما يتحلفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخرج الرازي واما على تخرج الكرخي فيتحلفان او لا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون غيرها

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قوله** وان اختلفا في الاجارة في البذل اي الاجرة والمبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن ادام البيئة قبلت بينته لانه نورد عوايه بالحجة وان اقامها فان كان الاختلاف في الاجرة فبيئة الموجد اولى لانها ثبتت الزيادة وان كان في المنفعة فبيئة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بيئة كل واحد منهما في ما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذلك شهريين بعشرة فيتضي بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها معقدة وضد يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة الكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الآجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعدة اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة بالتعجيل فهو السابق انكارا فيدأ بيمينه وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيتحاف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الموجد كلك وابيهما بكل الزم دعوى صاحبها ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة راي يوسف رحمه الله المذهب اهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصحابها وكذا على اصل محمد رح لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقدية تضي وجود المعقود عليه وما دام مقامه من القيمة واي شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المبيعة فلانه عرض لا تبقى زوائن واما ما يقوم مقامه فلان المطاع لا تقوم بنفسها بل بالعقد ونسب بحلفهما ان لا عقد بينهما الا فسخا من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف في القول للمستاجر مع يمينه فلا بد من تحقق عليه وفي الثالث تحالفا فسخ العقد في ما بقي لان العقد يفسخ ساعة

(كتاب الدعوى — * باب التحالف *)

ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة
الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف * واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر
لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه
والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينقسم في دفعه واحدة فاذ تعذر في البعض
تعذر في الكل **قوله** واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابه اذا اختلف المولى والمكاتب
في مال الكتابه لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالوا يتحالفان وتفسخ الكتابه وهو قول
الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل التفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا
ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره
فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه اي في الثمن فيتحالفان ولا يبي حنيفة رح
ان الكتابه عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلته فكما يحجر في حق
اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابه واما ينقلب مقابل
للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وايس في العبد سوى اليد والرقبة
فالوكان البدل مقابل للرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري
يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون للحال مقابل للبدل ثم ينقلب
مقابل للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلته فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا
بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قوله** واذا اختلف الزوجان
في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس
والبرع والاطقة فهو للرجل لان الظاهر شره وادله وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة
وماء المرأة على استدارة راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار والمحفة
فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام الترمذ في الا اذا كان الرجل صائرا
ولدا ساورا وخرا تيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فمح لا يكون مثل هذه الاشياء له

(كتاب الدهوي — * باب التحالف)

وكذلك اذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالألينة والذهب والفضة
والامتنعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهراً زوج باليد ظاهراً قوياً منه
وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح
للنساء فهو مستعمل للنساء فاذا وقع الاشتداد ترجح بالاستعمال * ويدفع بهذا ما اذا اختلف
الطار والاسكاف في آلات الاسكفة والطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما
نصيبين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال الا بالنسبة
ولم نسا هذا استعمال الاسكفة والطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء
فجعلناهما نصيبين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام الكاح او بعد العرقه
فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو الباقي منهما ايهما كان
لان اليد للحمي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل
قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح
للرجال فهو للرجال وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا
قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الي المرأة ما يجهز به مثلها معاه مما يصلح لهما والماضي
للزوج مع بسببه لان المهران المأدات التي بالجهاز به اظهرا قوياً لجريان العادة بذلك
فيبطل به ظاهر الزوج وما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبراً والاتفاق والموت
سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجل فهو للرجل وما كان للنساء
فهو للمرأة وما يصلح لهما فالرجل ان كان خياً او لورثته ان كان مثلاً فاما لابي حنيفة رح
من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الرجل فاقول لصاحب اليد ودان النسبة
الى الحمزة لان النسبة الى الماه فتقوله والاتفاق والموت سواء لقيام المورث مقام المورث
وان كان ذلك في الماه فاما المتاع للحرفي حال الحيوة لان يد الحر اعمى كيد اليد

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين * فما يصلح للرجال فهو الرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو المرأة كذلك وللحي منهما بعد الملمات حراً كان او مملوكا * هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الملمات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف رح اختار اختيار العامة واستدل بقوله لاندلا يد للبيت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقال العبد الماذون له في النجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة اسنويا فيه فكما لا يرجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

* فصل فيمن لا يكون خصما *

آخر ذكر من لا يكون خصما عن يكون خصما لان معرفة المالكات قبل معرفة الاعداء فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لامن حيث القصد الاصلي **قوله** وان قال المدعى عايد هذا الشيء اودعه فلان الغائب اورهنه عندي او غصبته منه او أجرنيته او اعارنيته وادام علي ذلك بيعة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تدفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة * ثم اذا شهد السهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجلا مجهول لا نعرفه او رجلا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تغلب شهدتهم في الثاني لا تغلب بالاتفاق والثالث كاللاني عند محمد رح وكالاول

كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما

عند أبي حنيفة رح وهذه خمسة اقوال فلهذا اتبعت المسئلة بخمسة كتاب الدعوى
وقبل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا
ان المدعى عليه اثبت بينة ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت بينته الملك للغائب رايات الملك للغائب بدون خصم
متعد راذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء
على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذروا الجواب عنه ان مقتضى هذه البيد شيان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه وبناء
الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة
على الطلاق فانها تقبل لتقصير الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب
كما مروا من سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما
مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنا ولا معتبرا بوجه قول ابن
ابي ليلى ان ذا اليد اقربا لملك لغيره والقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ
فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهريده وباقراره بربدان بحول حذا مستحقا
على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحججه كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره بالحوالة فالدلا يصدق الا بالحجج لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهو غيره وهو في
الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعى لاثبات الاقرار بوجه قول ابي يوسف رح
ان المحتمل من الناس قد يدفع ما احذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عاينه
الشهود علانية فيحتمل لا بطل حق الغر اذا اتهمه القاضي بدلا بما هاراء ارجح التصل الاول
فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قسوها واما العصل الثاني فله
وجهان * احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى حيث لم يعرفوه * والثاني
انه ما احال الى معين يمكن المدعى اتباعه فلما اندفعت الخصومة لتضرر المدعى وما

(كتاب الدعوى — * باب التحالف * فصل فيمن لا يكون خصما)

واما الفصل الثالث فوجه قول محمد رح فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما حاله
الذى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا تعرفه وهذا الان المعرفة بالوجه
ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام انه قال لرجل اتعرف
فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه * ووجه قول الشيخية رح
ان المدعى عليه اثبت ببينه ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود
بوجهه للعلم بيقين ح ان المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد
خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على نفي التعريف
خصم المدعى تعريفًا تامًا انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت **قوله** والمدعى
هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد رح لو ان دفعت الخصومة لتضرر المدعى
ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعى انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة
شهود المدعى عليه وذلك لا يازمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة
في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعني فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى
موجود في الخارج واما اذا اهلك فلا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت
قائمة فذواليد يتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فتدفع عنه
الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا اهلك فالادعى يقع في الدين ومحللة
الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعى بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة
على ان العين كانت في يده ودیعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة
قوله وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان
الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعى
غصبت هذا العين مني او سرفته مني واقام ذواليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة
لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لا يتردد بين ان يكون له وغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله
مقتصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا
لا يصح الدعوى على غير ذي اليد ويدة مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين
ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال
المدعي سرق مني واقام ذوا اليد البينة على ان فلانا اودعه لم تدفع الخصومة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رح تدفع لانه لم يدع الفعل عليه
فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر العنيل يستدعي اثمه دل
البينة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درء اللحد عنه شدة عليه فان قبل ان لم تدفع
الخصومة فربما يقتضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء اجيب بان وجهه
انه اذا جعل خصما وتضى عليه بتسايم العين اي المدعي ان ظهر سرقة بعد ذلك بيتين
لم ينقطع يده لظهور سرقة بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة
عنه ولم يقتض بالعين المدعي فستى ظهرت سرقة بعد ذلك بيتين قطعت يده لظهورها
قبل ان يصل العين الى المالك فكأن في جعله سارقا احتياالا لادراء بخلاف ما اذا مال
غصب لانه لا حد فيه ولا يحترز من كسبه وان قال المدعي ابتعته من فلان وعما حب اليد
قال اودعني فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة لثبوتها على ان اصل الملك فيه
لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يَدْخُصومة الا ان يقيم المدعي البينة
ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينة انه احق باصا كلها

*** باب ما يدعيه الرجّالان ***

طافرخ من ذكر حكم الواحد من المدعين شرع في بيان حكمه ان الذين الان الواحد
 قال الذين قول وان ادعى اثنان على اثنان او ادعى اثنان على اثنان بعد ان ابادده بهما
 يفرقه اليه ، وانما اليه على ذلك قضى بهما واول السعي رفع في كل تهما تراعى

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

اي تساقطتا من الهنربكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدي البنتين كاذبة ييقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتميز متعذر فيدفع العمل بكل واحد منهما او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولما حديث تميم ابن طرفة الطاري ان رجلين تازعا في عين بين يدي رسول الله عليه الصلوة والسلام واقاما البينة فقضى بهار رسول الله عليه السلام بينهما نصفين وعن ابى الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بغنق الظلم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمته القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في اجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة كما ركذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما ييقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشترى فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتصنيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قوله** فان ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة اولافان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تفر لحدهما اولافان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم تقض لواء حد وان كان ثمة بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار

(كتاب الدعوى — * باب يدعيه الرجلان *)

وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها او لانا ان كان ذلك فهي امرأته
لان النقل الى بته والدخول بهادليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج يمتد على سبق
نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة * وان لم يكن ذاك فمن اثبت سبق النكاح
فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالما ثبت عيانا * وان لم يكن تاريخا لم ترض واحدة منهما
لتعذر العمل بهما لعدم قول المحلل الاشتراك ويرحم الى تصديق المارة لانهما
فايهما اقوت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتفريق الزوجين
وانما دل ان يقول قوله نصا حب الوقت الاول اولى ليس بكلي لانه انه يكون اولى
اذا كان الثاني بعد ذلك فلا يحتمل انقضاء العدة فيها ما اذا احتسبت ذلك فينسأوبان
لجواز ان الاول طاهر او تزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعمران كان دعوى النكاح
بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا انه ان ثبت بالبينة كالمثبت عيانا
ولو عايناهم الاول حكمنا بنكاحها ان ثبت بالبينة * وان كان الاول ذاتا فاحدهما المرأة
نجد فانما المصلحة وتفي له بها ثم ادعى الآخر واقامه على صل ذلك لا يستعمل لان
القضاء الاول قد صح ومضى فلا يتخص به هو عليه دل قوله الا ان يوقف رد المدعي
الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطأ في الاول بين قائلين او ادعى ان كل واحد
منهما انه اشترى منه هذا العبد عد في دن رجل ادعى ان كل واحد منهما انه اشترى
منه هذا العبد دل المصنف رحمه الله من صاحب اليد احتمل ان يعد له المصلحة
واما ما دل ذلك بينة من غير توقيت قبل واحد منهما او لغيره ان كل واحد منهما
دفع اسم الذي شهد به بيته ورحم على الثاني في الثاني من ذلك الاستدلال بهما
في الصريح فينتج كماله بان دعوى الثاني المحكم اليه الثاني وان سار ذلك
لان رتبة الدعوى في دعوى التمسك بالحق فلهذا في الثاني في الثاني في الثاني
واما في دعوى كل المدين بان يدين كدب احد المدينين لا سيما في نوار

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

توارد العقد بين عليّ وبين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البيئتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهما اعتمد سببا في وقت اطلاق له الشهادة به فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن الاخران يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيه عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحفاقه بالبيئة لولا بيده صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زادة انه لا خيار له وهو اظهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو الاول منهما لانه اثبت السراء في زمان لا بازاء فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقت احد لهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لنبوت ما ذكر في ذلك الوقت مع احتمال الاخران بكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكر تاريخا لكنه في بد احد هما فهو اولى لان تمكينه من قبضه يدل على سبق سراه * وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والمآنية ان ما مع البعد بعد به زمانية فهو بعد * فاذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان ايضا فان الى اقرب الاوقات فيحكم ببوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه وهنا خر عنه ظاهرا نكاحه بشرائه وبإلزام من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراءه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولا نهما استوبا في الاثبات وبينه غير القابض قد تكبرن مما يقض اليد وقد لا تكبرن فلا يقض اليد لاتبته بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعى الشراء من اثنين واقاما البيئة واحدهما قابض فان

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعين منه محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذى اليد فكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقفا فذو اليد اولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذى اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينتقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة **قوله** وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقضا قال المصنف رح معناه من واحد احتراز عما اذا كان ذلك من اثنين كما سيجي وافا ما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا يثبت الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة مع القبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقضا والاخر صدقة وقضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لانسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقديره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثانی الحال اذا للزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتصنيف بينهما في ما لا يحتمل التسمية كالحمام والرحى صحيح وكذا في ما يحتملها كالدراة البستان عند البعض لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارو ذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى اهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاتاة البينتين على الارتمان * قيل هذا قول ابي حنيفة رح اما عند ابي يوسف ومحمد رح ههما الله لينبغي

(كتاب الدعوى — *باب ما يدعيه الرجلان*)

فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى له بالعقد الذي شهد به مشهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوخ في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها قوله واذا ادعى احد هما الشراء اذا ادعى احد هما الشراء وان عت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولي لان العمل بالبينات مهمما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجز المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان الترويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العيق والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى احد همارها وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاماها فالرهن اولي وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولي لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولي وجد الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع * ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها اولي من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولي من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لاصورة وان اقام الخارجا البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولي لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لم يتلق منه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله آخره قول محمد بن حمران
قال محمد بن حمران يقتضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبارة وإن أرخ أحدهما دون الآخر ففي النوادر
عن أبي حنيفة رخص أنه يقتضى بينهما لأنه لا عبارة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك
المطلق في أصح الروايات وعلى قول أبي يوسف رخص يقتضى لمن أرخ وعلى قول محمد بن حمران
يقتضى لمن لم يورخ لأنه يدعي أولية الملك وسبأتيك تمام بانه ان شاء الله تعالى
قوله ولو ادعى الشراء من واحد وأقامها ولم يورخها وأرخا وتاريخهما على السواء
قضى به بينهما وإن أرخا تاريخين متغاوتين والاول أولى لما يبين أنه أثبت في وقت لا مازع
له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وإن أخر استراة من غير ما ك وكان باطلا
قبل لا تفاوت في ما ذكر في الكتاب من الحكم بين أن يكون التاع واحدا أو اثنين
وإنما التفاوت بينهما إذا وقتت أحدهما دون الأخرى على ما سذكر بعد هذا وفوده مع أنه
من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فإنه لا تفاوت في سائر الأحكام بين أن يكون
ذلك الواحد ذا اليد أو غيره فإنه ذكر في الدخيرة دار في بدرجل أدها رخلان أن
كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الأحكام وأن أدام
كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان أدام أحدهما على الشراء من يده ولا
والآخر على الشراء من غيره وذكرا تاريخا واحدا بينهما سواء لا يثبت أن الملك له منهما
فبببركه هما حصرا وأدعاهما رخصا واحدا ثم يخبر كل واحد منهما بالزمان الذي كان
أن كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب نصف العدد نصف الدين وإن شاء ترك وأدعى من
أحدهما أن الآخر يدعي أنه اشتراها من صاحب نصف الدين لا يثبت أن الملك
لهما أن يدعي الآخر أنه اشتراها من صاحب نصف الدين لا يثبت أن الملك
لأحدهما لأن يدعي أحدهما أنه اشتراها من صاحب نصف الدين لا يثبت أن الملك
لهما أن يدعي الآخر أنه اشتراها من صاحب نصف الدين لا يثبت أن الملك

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المستلئين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشارك بين المستلئين وذلك لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضره وان تقدم ملك فتعاضا فيرجع بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاضبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح بتضايف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق والطلاق الباعثة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكتهم **قوله** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذوا اليد اولى عدلي حنفية وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد بن حريز وعنه انه لا تقبل بيته ذي اليد رجوع اليه محمد بن حريز ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بيته ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بيته الخارج وقال لا قبل من ذي اليد بيته على تاريخ وعيره الا للناج لان الناج دائل على اولية الملك دون التاريخ لان البيتين قامت على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قاما بالتاريخ على الشراء واحد لهما سبق من الاخرى فان السابق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت قبضته لغيره بعده لا يكون الا باللقبي من جهته وبيته ذي اليد على الدفع مقبولة فان

من ادعى على ذى اليد عينا وانكر ذاك وادعى البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة
وقد مر من قبل هذا قبول بينة ذى اليد على ان العين في يده ودفعة حتى تندفع عنه
دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صارت ههنا بينته
بذكر التاريخ الا قدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي
من قبله فيقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب
الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد ورح
لامعتبر بالوقت ما بينا من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد الدفعة عاين مطابق
الملك ووقت احد لهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج
اولى وقال ابو يوسف ورح وهو رواية عن ابي حنيفة ورح صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى السراء اذا ارخت احد لهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر راجع
ان بينة ذى اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون
اذا عين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان ذكر تاريخ احد لهما لم يحصل
التيقن بان الآخر تلقاه من جهته لا مكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف
ما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما وادام
احد ههنا بينة على ملك مؤرخ والاخر على مطابق الملك فله يسقط التاريخ عنده خلافا
لابي يوسف ورح تبين الاستدلال بقرانه ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع
لا يستقيم لمحمد ورح لانهم يعلل بذلك بالارادة المستلزمة الاولى واحب بان ذلك يجوز
ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسلقة لهما لهما اي منبت دقة
احد لهما دون الاخرى فلهما وعاء يضمن بهما نصيب عندهم
والله اعلم بالصواب

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان)

فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولا يبي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولوية فالترجيح باليقين ولا يبي حنيغ رح ان التاريخ يضاهيه اي يزا حمة عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولا حق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق والحقوق فجعل كأنهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التعريف التاريخ حالة الانفراد ساقت الاعتبار **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح ومعناه انهما لما اتفقا على معنى الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيصاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ **قوله** وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالتا جه فذواليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينه الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالتا جه واستحقاق الملك الثابت لذى اليد بظاهريه وذواليد لا يثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذى اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولوية بالتا جه كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده وما قبله فظاهر واصابعه فلان ذا اليد لم يصرفه قضاء على يدان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذى اليد انما تترجح على بينة الخارج اذ الم بدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن وما اذا ادعى ذلك فبينته لخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهريه من وجه وهو اصل الملك والخارج

(كتاب الدعوى السادسة باب ما يدعيه الرجلان *)

يثبت الفعل وهو غير ثابت أصلاً فكانت أكثر أبحاثهم في أولى قوله وهذا أي ما ذكرنا من القضاء
 لذى اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشائخ خلافاً لما يذهب إليه عيسى بن إبان أنه يثبت أن
 البيتان ويترك في يد ذى اليد على طريق القضاء لأن الناضي يتيقن بكذب أحد الفريقين
 لأن نتائج دابة من دابتين غير متحركة سئانه كوفه ومكة ووجه صحة ذلك أن محمداً حذو
 في خارجين أقاما البيعة على الساج أنه يقتضي بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله كان
 يترك في يد ذى اليد والجواب عن قراء الناضي يتيقن بكذب أحد الفريقين ما ذكرنا
 في شهادة الفريقين على المملكين بأن كل واحد منهما اعتمد سبطاً هراة لاداء الشهادة
 بناء على أن الشهادة على الساج ليست بدعائه للانفصال عن الامم بل بروية الفصيل
 تتبع الأدلة والأدلة تظهر في الساج في عدة أحوال لا يمتنع ذى اليد للحارج وعنده يستحلف
 ولو لم يكن كل واحد من الحارج وذى اليد المملك من رجل فكان هاك بائعان وأقاما
 البيعة على الساج عند من تلفى منه فهو بمنزلة أقامتها على الساج في يد نفسه فيقتضي به
 لذى اليد كان البائع قد حضر وأقاما على ذاك البيعة فانه يقتضي ثمة أصاحب اليد كذلك
 ههما ولو أقام أحدهما البيعة على المملك والآخر على الساج فصاحب الساج أولى خارجاً
 كان أو ذايدلان بيعة قاصت على أوليه المملك ولا يستلحق إلا بالتلفي من جهةه وكذا
 إذا كان الدعوى بين خارجين فيبيد الساج أولى ما ذكرنا أنه أدل وأولى وأيد المملك
 فلا يستلحق إلا الآخر إلا من جهةه ولو قضي بالساج أدى اليد ثم أوم المملك البيعة
 على الساج يصح له إلا أن يعيدها وذى اليد لأن الثالث أم يصرفه عليه، بذلك انتصيه
 لأن المنتصى به المملك ويوجب المملك بالبيعة في حق الشخص لا يقتضي سقوطه في حق آخر
 فإن أعاد يد البيعة في البيعة ذى اليد على البيعة الحارج في الساج لم يرد
 نصي به المملك وكذا المنتصى به المملك إذا أوم البيعة على الساج
 وينص المنتصى به المملك على البيعة على الأرياء بطه فان انتفض راقعاً على حركه

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

خلافه كالتقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصبر ورثته
مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصرمقضا عليه لان باقائه البينة على النتائج تبين ان الدافع لبينة
المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فاني يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج
مع بينة ذي اليد على النتائج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينه الخارج فينبغي
ان لا ينتقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن
اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج
عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن من اجتهاده بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول **قوله** وكذلك
النسج في الثياب التي لا ينسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى
ان بينة الخارج اولى في النتائج من بينة ذي اليد وما ذهب اليه استحسان ترك به القياس
بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في بدرجل واقام البينة انها ناقته نتجتها
واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجتها فقضى رسول الله عليه السلام بها المذمي هي في بداهة
فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معاه من كل وجه مما يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه
به كان كدعوى النتائج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى
رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا ينكر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى
جبا انه ملكه صنع في ملكه اولد ابانه صنعها ومزج عري وهي كالصوف تحت شعر العنز وصوفا
مجزورا بانه ملكه خزة من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام
بينه فانه بقضى ذي اليد لانه في معنى النتائج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر
من ذلك قضى به للخارج كالخز وهو اسم دانه ثم سمي النوب المتخذ من وبره خز ايل
هو بنسج فاذ ايلي بنزل مرة اخرى وبنسج واذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزة او ادعى
دارا انها ملكه باسا باله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها

(كتاب الدعوى — باب ما يدعيه الرجلان *)

[illegible]

على نقد الثمن فالألف بالالف فصا صعدهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون
من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد ر ح للوجوب عند
فان البيعين لما ثبتا عدة كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيقتاص الوجوب
بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تها ترقا بالاجماع لكن على اختلاف التخرىج
فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا
الاقرار تها تر الشهود فكذلك ههنا * وعند محمد ر ح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز
لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر
لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الاخر في القبول تسانط بقى العين
على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة
عن امكان العمل بهما وهما لم يمكن وان وقت البيستان في العقار وقتين فاما ان يكون
وقت الخارج اسبق او وقت ذى اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض
اولا وان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض نصي بها ذى اليد عند اليحيفة
وابي يوسف رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى اولاً ثم باع قبل القبض من صاحب
اليد فانه جائز في العقار عددهما وعند محمد ر ح بنضى بها للخارج لعدم صحة البيع ببل
القبض عنده فبقى على ملكه وان شهدوا بالقبض بنفسى بها صاحب اليد بالاجماع لانه
يجعل ان الخارج باعها من بئعه بعد ما قبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان
ومت ذى اليد اسبق بنضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فبجعل كان ذاليد اشتراه وقبض ثم باع
من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف ر ح جمع الوجهين في قوله فببطل كانه اشتراه
ذاليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثناء القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب
آخر من عارية او اجارة باعتبار انبات القبض **قوله** وان اقام احدا المدعين شاهدين

(كتاب الدعوى — باب ما يدعيه الرجلان *)

والآخراربعة وان اقام احدا المدعين شاهدين والآخراربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهد بن علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلة بل بقوة فيها الا يرى ان خسر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحدة منهما علة بنفسها والمترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار الثقة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة ترجح على المسنورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا يترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل **قوله** وان كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والاخر نصفها واقاما البيعة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المازعة وعددهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمصارعة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة رح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فمادونه وغرماء الميبت اذا ضاقت التركة عن ديونته * والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدره ايصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث * وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لاسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امرة وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المازعة ارباعا * فعلى هذا يمكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المازعة والانسراق * فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة * اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة * ومما اتفقوا عليه بطريق المازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان *)

لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيحول بالشراء الى المبيع * ومما اختلفوا فيه مسئلتا فعلى اصل الشيخية رح سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فام تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طرف المازعة * فنقول مدعى الصف لا دعوى له في الصف الآخر فانقر به صاحب الجميع والصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا الصف بينهما نصعين فجعل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار وولد على الصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعى الصف بسهم فيكون بينهما اثنان ولهذه المسئلة نظائروا صداد لا تحتملها المختصرات قال المصنف رح وقد ذكرناها في الردادات فمن بطايرها الموصى له بجميع المال ونصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد الماذون له المشترك اذا ادعى احد الموليين مائة درهم واجنبي ما تتي درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثنان وعندهما بطريق المازعة ارباعا فذكر الاصلين المذكورين بسهل عليك الاستخراج **قوله** ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فان كانت الدار في ايديهما فمدعى النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعى الكل يدعي عايه الصف وهو خارج عن الصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار يصعها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد

(كتاب الدعوى سنن * باب ما يدعيه الرجلان *)

وبينة الخارج أولى فقصي له بذلك ونصفها لأعلى وجه القضاء وهو الذي كان بيده
 لأن صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قوله** وإذا تنازع في دابة
 إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكر آثارهما وسن
 الدابة يوافق أحدا التاريخين فهو أولى لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة
 الحال له فيترجح وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كما بهما
 أقاما هاتين تاريخيهما هذا إذا كانا خارجين وإن كان أحدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة
 تاريخه أو أشكل فقصي به الذي اليداء المظهر علامة الصدق في شهوده أو ستواء اعتبار
 التوقيت بالأشكال وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذى اليد فالعامة
 المشائخ نهتت البستان كذا ذكره أنحاكم لأنه ظهر كذب العرتين وذلك مانع من قبول
 الشهادة حالة الأفراد فيمنع حالة الاجتماع فترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك
 كأنهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الأصح ما قاله محمد ربح من الجواب وهو أن يكون
 الدابة بينهما في الفصلين يعني في ما إذا كانت سن الدابة مشككة وفي ما إذا كانت على
 غير التوقيتين في دعوى الخارج حين أم إذا كانت مشككة فلا شك فيه وكذلك إن كانت
 على غير التوقيتين لأن اعتبار ذلك الوقت لاحتقهما وفي هذا الموضع في اعتبار دابة أطال حقهما
 فسقط اعتبار ذلك الوقت أصلا ويطلب إلى مقصود هاتين الدابتين الملك في الدابة وقد استويا
 في ذلك موجب القضاء بهما المتضمن في وهذا إلا الواجب التوقيت بطلت البستان وهي
 في ذى اليد وتذايق المراد أن على استحقاقه على ذى اليد فكيف تترك في يده
 مع قيام حجة الاستحقاق وهذا الرأي مع الغلبة لروى أبو الثابت عن محمد ربح أنه قال
 إذا كان سن الدابة سنا بين يديهما نصيبين وإن كان معاملة التوقيتين لا نصيب لهما
 بشيء وترك في يد ذى اليد ترك فإلى اليد ولعل هذا هو الأصح وهو
 يشتر إلى منعه من البس بشيء لأن منعه المدعي ليس بمعتبر في الدعوى ولا حجة رافعة

(كتاب المصوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

و اتفاق الفريقين على استحقاقهما على ذى اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يدرجل واقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر ببيعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

* فصل في التنازع بالأيدي *

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهرا ليدل على ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازع عا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الماطقي هذه الرواية من النوادر وما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولوا واحدا لا استواء لهما في التصرف وكذا اذا تنازع عا في بعير ولا حد هما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازع عا في قميص احدى هما لابسها والاخر متعلق بكمته فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازع عا في بساط احدى هما جالس عليه والاخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما * وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاهما ساكنا حيث لم يقض بهما بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غيره معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غيره معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختطط له فيه عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهاله ذى اليد لا يجوز القضاء لغيره

(كتاب الدعوى — باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

لان شرط جواز العلم بان المدعى ليس في يد غيره المدعين ولم يوجد واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجّة فان
كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا وصل ذلك لا يوجب
الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والاخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين
مسئلة القديص لان الزيادة ليست من جنس الحجّة فان الحجّة هي اليد والزيادة هي
الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخاف ان يكون الصبي ممن
يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذى اليد وان نفاد فقال اذا حصر
فالقول قوله لانه اكثر ثبوت اليد عليه وتأبد بالظاهر فيكون في بدنه وان قال اذا عبد فلان
غير ذى اليد فهو عبد ذى اليد الا انه لا يدل على نفسه بما مر به بالرق قبل الانرار والرق
من المضار لا محالة وافواه فيها غير موجبة كالأطلاق والعاق واليهب والاقرار بالدين واجيب
بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية
لا تقر رده عليه وعند عدمها تنقرر فيكون القول ح قوله في رقه كالذى لا يعقل اذا كان
في يده وان كان الثاني فهو عبد لاذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمنع
ايدله على نفسه واعترض بان الملتزم اذا ادعى رقا ليقط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون
بده وان الرق من العوارض الاصل الحرية وهو يدفع المعارض فكان الواجب ان
يصدق ذو اليد الاصح واجيب عن الاول بان نرضى الا لئلا يطغى اليد لان الملتزم
بين في اللبظ ويد الامين في الحكم دون غيره كما تباين من وجه دون وجه فلا يثبت
بالرق وعن الثاني بان الاصل ترك بدليل يدل على خلافه والمدعى من ذلك
لذلك، بمنزلة المعارض بالملك فتركه الاصل ولو كبر وان عى الحرب لم يكن
قول قوله الظاهر ان يدعيه في حال من الله وان كان المحرم بالرجال واذا كان الثاني
حل لا يندرج وعرفه بالبرهان لا حصر يدعي جديع فربما يهي فتبانت بضم

(كتاب الدعوى — * باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

يضم ملوئية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال
له بالفارسية دروك فهو أي الحائط لصاحب الجدوع والاتصال والهرادي ليس بشيء
لان صاحب الجدوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازع عافيهما
ولا حد هما عليها حمل والاخر كوزة عاقق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل
ببنائه مداخله لبن جداره فيه ولبن هدا في جداره وقد سمي اتصال تربيع وتفسير التربيع
اذا كان الحائط من مدر او آجران يكون انصاف لن الحائط المتنازع فيه داخله في
انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة
احد هما مركبة في الاخرى واما اذا تقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال
مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله الهراذي ايست شيء يعني
قول محمد ربح في الجامع الصغير يدل على انه لا اعبر بالهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط
لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجدوع لا الهراذي والبواري وانما
يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازع عافي حائط ولا حد هما عليه هراذي
وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما ومعاة اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء
ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي بدية جعل
في ايديهما لانه لا مازع لهما لانه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جدوع ثلثة
فهو بينهما الاستواء لهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان
الحائط يبنى للجدوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها وان كان جدوع احدهما اقل من ثلثة
فهو لصاحب الثلثة والاخر موضع جدوعه في روايته كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط
له اصحاب الاجداع واصحاب الغايل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر
ميمي وقد اشار اليه المصنف ربح وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت

(كتاب الدعوى — ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي *)

خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما الا سنواتهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما ذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع اتقبل الاول * واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط بيني لعشرة خشبات لالخشب واحدة **قوله** والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والتراجع لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ووجه الرواية الثانية وهو قوله لدل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال. ووجه الاول ان الحائط بيني لوضع الكثير دون الواحد والمنتهى فكان الظاهر شأ هذا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشب الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف رح من جعل الجذعين كجذع واحد وهو قول بعض المشائخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبان بمنزلة الثلث لا مكان التسقيف بهما ولو كان للاحدهما اتصال والآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع والآخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه ان تنازع صاحب الجذوع واتصال التبريع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب البدن والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي ويروي ان الثاني

(كتاب الدعوى — باب ما يدعيه الرجلان * فصل في التنازع بالأيدي)

الثاني أولى لان الكائنين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء بأكمله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للأخر حق وضع جذوعه لما فلا ان الظاهر
ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه
رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان
صاحب الاتصال أولى على اختيار عامة المشائخ وهكذا روي عن أبي يوسف رح
في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد
فالساحة بينهما نصفان لا ستوا لهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر
الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما خراجاً ولا جادون الآخر
لانه ترجيح بما هو من جنس العلة والموتب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما
جميع الثوب وفي يد الآخر دبه حيث يانحى جانب صاحب الهدب * واذا تنازعا في مقدار الشرب
حيث يقسم بينهم على قدر الاراضي * وبين ما نحن فيه حيث جعلت السادة بينهما مشتركة
واجيب بان الهدب ليس بنوب لكونه اسماً للنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما
والآخر كالا جسي عنه فالغي * والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكرة الاراضي
كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كونه حق له فيه * واما في الساحة فلا احتياج للارباب
وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث
بجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قوله واذا ادعى رجلان ارضا ادعى رجلان
ارضا لكل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقص القاضي انها في يد واحد منهما
حتى يفهما البينة انهما في ايديهم لان البينة حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم
وحيث كانت غير مساهدة لعدم احضارها لا بد من البينة لانها يثبت ما غاب عن المساهدة
وان افام احدهما ب جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث
لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعة في اليد ومن كان

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد أشار إلى ذلك بقوله لأن اليد حق مقصود معنى فيجوز أن يكون مدعيه خصما فإن أقام البينة جعلت في أيديهما القيام الحجة فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشائخنا هذا قول أبي حنيفة رح وقال لا يقسم بينهما بناء على مسئلة أخرى ذكرها في كتاب القسمة وهم ما إذا كانت الدار في أيدي ورثة حضور كبرار أو عند القاضي إنها ميراث في أيديهم من أيهم والنسوا من القاضي أن يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وتركها ميراثا لهم * وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسمها بينهم بأقرارهم ويشهد أنه إنما فسد بها بينهم بأقرارهم * ومنهم من قال المذكور هو ما نقول الكل لأن القسمة نوعان * قسمة لحق الملك لتسليك المصلحة * وقسمة لحق اليد لأجل الخشوع والعيانة والعقار غير محتاجة إلى الاحتفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لأن العقار غير محتاجة إلى ذلك فإن طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فإن حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقته الحال وإن نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يده حبسوا إن نكل أحدهما قضى عليه بطلها للمحالف نصفها الذي كان في يده وانحسرها الذي كان بيد صاحبه لكونه * وإذا ادعى أحدهما صحراء أيها بأيديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحد منهما تدعى فيها أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود النصرة والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب والملبس في الألباب

* باب دعوى النسب *

ما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب لأن الأول أكثر وقوعا فسمي أولهم ذكره في أوله قال في دعوى حاربه خرجت بواد أعلم أن البائع إذا ادعى ربا البعير ربا أربعة أشهر يري فاما إن جاءت بدلائل من سنة شهر من ربات البعير أو أكثر من

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

من سنتين او لما بين المدين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده
او المشتري وحده او اده عياه معا وعلى التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد
ادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله تعالى دعوته باطله لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا
فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها اود برتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى
صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا
باصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل
ذلك منزلة البينة في ابطال حق الخبر عنها وعن ولدها **قوله** ومبنى النسب على الخفاء جواب
عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه
فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمراءة اذا اقامت البينة بعد الخلع
على ان الزوج كان طلقها ثلثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه
بائع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق وان
ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا
دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع
دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري * وان ادعياه معا يثبت
النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه
ودعوى المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوى
التحرير ودعوى الاستيلاء لاقتصار الاولى على الحال دون النانية فكان البائع الاولى
قوله وهذه دعوى استيلاء جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوى والمملك معدوم ووجهه
انهاد دعوى استيلاء وهي لا يفتقر الى قيام المملك في الحال لانه يستند الى زمان الملاك
بخلاف دعوى التحرير على ما يجي وكذا ان ادعى المشتري بعد البائع لا استغناء

(كتاب الدعوى - باب دعوى النسب *)

الولد من النسب وان جاءت به لاكثر من مستتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري
اولا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق
بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاء بالكساح حملا
لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا يتقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة
العق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد فاذا لم تصرام ولده بقي الدعوة
في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك * وان ادعاه المشتري
وحده صح دعوته * وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي
وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري اولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة
البائع فيد لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري
يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولده كما في المسئلة الاولى لتصاقيهما
واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة
حالة الانفراد في ما لا يحتدل العلوق في ملكه ففي ما يكتمله اولى ويكون دعوته دعوة
استيلاء حتى يكون الولد حرا اصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه
ممك * وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي * هذا
اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لافل من اقل مدة الحمل
اولا اكثر من اكثرها الرطبا بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا * فدعوة البائع وحده لا يصح
بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه * ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال
كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لافل المدة لا يمنع دعوة المشتري * وان ادعياه
معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبد للمشتري لانها ان جاءت به لافل المدة
كان النسب للبائع * وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك
في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

في وجه واحد فكان المشتري أولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معبرا * وان
 ان عياه متعاقبان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد
 منهما بوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قوله** فان مات الولد فادعاء
 البائع * الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يحق له الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينبغي
 ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاء البائع وقد جاءت به لافل من ستة اشهر ان ثبت
 الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك
 فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاء البائع وقد جاءت به لافل من ستة اشهر
 ثبت نسب الولد وحده لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية
 من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم
 من رسول الله عليه الصلوة والسلام الا يعتقها لان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
 والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد
 الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقال ترد حصة الولد ولا ترد حصة الام وهذا بناء على
 ان مالية ام الولد غير متقومة عندة في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
 فيضمنها وذكرا لمصنف رح رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعاق في مانحن
 فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته
 من الثمن يقسم الثمن على قيمة الام والولد فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب
 الولد سقط عنه عندهما وعندة يرد عليه بكل الثمن كما سذكروا ولو كان المشتري اعتق
 الولد فدعوته باطلة اذ لم يصدقه المشتري في دعواه وذكرا لفرق استظهاره اذ كان معلوما
 من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد
 هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما صرف في الفصل الاول
 يعني في ما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع

(كتاب الدعوى — *باب دعوى النسب*)

وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد
تثبت العتق فيه والنسب لكون العاوق في ملكه يبين لان الكلام في ما اذا حبلت
الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع
فكان ينبغي ان يبطل البيع واعناق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته
اي ليس ثبوت الاستيلاء في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانكاهه
عنه كما يولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امه من رجل يزعم انها ملكه فاستوادها
فاستحنت فانه يعتق بالقبضة وهو ثابت بالنسب من ابنه وليست امه ام ولد لابنه وكذا
في المستواده بالكاكح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امه وفي الفصل
الباقي وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولده فام المانم الاصل وهو
الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاء فيه وفي التبع **قوله** وانما
كان الاعناق مانعا بان لما نعتد عتق الواد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه
ان الاعناق من المشتري كحق النسب في الواد وحق الاستيلاء في الام
في ان كل واحد منهما لا يحل لنفسه ان يملك احد هاتين فكل الاخرين جميع
من هذا الوجه ورد به اذا باع حرة حاملة فوالت وادى في بطن واحد الا ان من سنه
اشهره في المشتري احدهما ثم ادعى الى بيع الواد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا
حتى يقال عتق المشتري بذلك حصته في كل واحد من راحته وانما في حكمه له
واحد من ضرورته ثبوت نسب احدهما لتحكم بصيرورة حر الاصل ثبوت النسب للآخر
ولما بل ان يقول ان كانا ملكا لم يمتنع في احدهما من ضرورته ثبوت دعوى احدهما
ثم في الاخر لا اؤثر في دعوى المشتري في راحته ولا في دعوى المشتري في راحته
معدوم في دعوى الاخر في راحته في دعوى المشتري في راحته في دعوى المشتري في راحته
بان له نعم ان ادعى النسب في احداهما لم يمتنع من دعوى المشتري في راحته

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

أَجِيبْ بآنَه غَيْر مَقْصُود فَلَا مَعْتَبَر بِهِ **قوله** نَمَ الثَّابِتُ بَيَانُ تَرْجِيحِ الْإِعْتِقَادِ عَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ
فَإِنَّ الثَّابِتَ مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةُ الْإِعْتِقَادِ وَالثَّابِتُ الْمُبَاعِعُ فِي الْوَلَدِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَفِي الْأَمِّ
حَقُّ الْحَرَبَةِ وَالْحَقُّ لَا يَعَارِضُ الْحَقِيقَةَ وَيُوقِضُ بِالْمَالِكِ الْقَدِيمِ مَعَ الْمُشْتَرِي مِنَ الْعَدُوِّ
فَإِنَّ الْمَالِكِ الْقَدِيمَ يَأْخُذُهُ بِالْقِيَمَةِ وَأَنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الْمَلِكِ وَلِلْمُشْتَرِي حَقِيقَتُهُ وَأَجِيبْ بآنَه
لَيْسَ بِتَرْجِيحٍ بَلْ هُوَ جَمْعٌ بَيْنَهُمَا وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْفَرْضَ أَنَّ الْحَقِيقَةَ أَوْلَى فَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا
تَسْوِيَةٌ بَيْنَ الرَّاجِحِ وَالْمَرْجُوحِ وَيُمْكِنُ أَنْ يَجَابَ عَنْهُ بِأَنَّ هَذِهِ الْحَقِيقَةَ فِيهَا شَبَهَةٌ لِأَنَّ مِثْلَهَا
عَلَى تَمَلُّكِ أَهْلِ الْحَرْبِ مَا اسْتَوْلُوا عَلَيْهِ مِنْ أَمْوَالِ الْبَادِيَّةِ وَهُوَ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَانْحَطَّتْ
عَنْ دَرَجَةِ الْحَقَائِقِ فَقَلْبًا يَأْخُذُهُ بِالْقِيَمَةِ جَمْعًا بَيْنَهُمَا وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتِقَادِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ
النَّقْضَ وَقَدْ ثَبِتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الْحَرَبَةِ وَهُوَ عَدَمُ جَوَازِ النُّقْلِ مِنْ مَلِكٍ إِلَى مَلِكٍ **قوله** وَقَوْلُهُ
فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ بَرِيدُهُ أَنَّ مَا نَقَلَ عَنِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ مِنْ قَوْلِهِ وَقَدْ اعْتَقَ الْمُشْتَرِي الْأَمَّ
فَهُوَ آيَةٌ يَرُدُّ عَلَيْهِ بِحَصْنَتِهِ مِنَ النَّمَنِ هُوَ قَوْلُهُمَا وَعَدَّةُ بَرْدِ كُلِّ السَّمَنِ وَهُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا
فِي فَصْلِ الْمَوْتِ وَمَوَاتُهُ هُوَ الصَّحِيحُ احْتِرَازًا عَمَّا ذَكَرَهُ سَمَسُ الْأَيْمَةِ فِي الْمَبْسُوطِ وَقَاضِي خَانَ
وَالْمُحِبُّونَ أَنَّهُ يَرُدُّ بِمَا يَخْصُ الْوَلَدَ مِنَ النَّمَنِ بِخِلَافِ الْمَوْتِ وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّ فِي الْإِعْتِقَادِ
كَذِبَ الْقَاضِي الْمُبَاعِعِ فِي مَا زَعَمَ أَبَاهُ أَوْ وَلَدَهُ حِينَ جَعَلَهَا مَعْنَى الْمُشْتَرِي أَوْ مَدَّ بَرَّتَهُ فَلَمْ يَبْقَ
لِرُعْمِهِ عِبْرَةٌ وَأَمَّا فَصْلُ الْمَوْتِ فَبِمَوَاتِهِمَا لَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِخِلَافِ مَا زَعَمَ الْمُبَاعِعُ فَقَبِي زَعَمُهُ
مَعْتَبَرًا فِي حَقِّهِ فَرُدُّ جَمِيعُ السَّمَنِ وَالَّذِي اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ مَا ذَكَرَهُ سَمَسُ الْأَيْمَةِ
فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ بَاءً عَلَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا قِيَمَةَ لَهَا وَقَالُوا أَنَّهُ مُخَالَفٌ لِرَوَايَةِ الْأَصُولِ
وَكَيْفَ يَسْتَرِدُّ كُلُّ السَّمَنِ وَالْبَيْعُ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْجَارِيَةِ وَهَذَا لَمْ يَبْطُلْ إِعْتِقَادُ الْمُشْتَرِي قِيلَ أَلَا وَاجِبٌ
أَنْ لَا يَكُونَ لِلْوَلَدِ حَصَّةٌ مِنَ النَّمَنِ لِحُدُوثِهِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي وَلَا حَصَّةٌ لِلْوَلَدِ لِحَادَثِ
بَعْدِ الْقَبْضِ وَأَجِيبْ بِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ وَأَمَّا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى فَهُوَ حَادَثٌ
قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَا هُوَ كَذَلِكَ لِأَنَّ حَصَّةَ مِنَ النَّمَنِ إِذَا اسْتَهْلَكَ الْمُبَاعِعُ وَقَدْ اسْتَهْلَكَهُ بِالْإِعْتِقَادِ

(كتاب الدعوى — * باب دعوى السبب *)

[illegible]

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

لحرية وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فلا عناق
 لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولولم يكن اصل العلق في ملك المدعي
 ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينفذ البيع في ما باع لانه لما لم يكن اصل العلق في ملكه
 اعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا احد دعوى تحرير
 ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتضيا على محل ولا يثبت فكذا دعوى التحرير
 ونقض بما اذا اشترى الرجل احدا للتوامين وابوه الآخر فادعى احد هما الذي في يده
 انه ابنه يثبت نسبهما منه وبعتفان جميعا ولم يقتصر دعوى التحرير على محل ولا يثبت مع
 عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان
 هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملك حافدة
 فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوى التحرير **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان
 الصبي في يد رجل اقرانه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه
 لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لاحالا ولا مستقبلا * اما حال انظاره لوجود المانع
 وهو تعلق حق الغير * واما استقائه لفلان الغائب لاخلوذه عن ثلث امان يصدقه او يكذبه
 او سكنت عن التصديق والكذب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالانفاق
 لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقول فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح
 دعوته عند ابني حيفة رح خلا فلهما قالا الاقرار بالنسب يبرئ بالرد ولهذا اذا اكره
 على الاقرار بنسب عبده فاقربه لا يست وكذا الوهزل به فاذا رده العمد كان وجوده وعدمه
 حايي حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه فصار كانه اذا اقر المستري على البائع
 باء. ق المستري وكذبه البائع ثم قال انا اعتقته فان الولاء بنحوه اليه بخلاف ما اذا
 صدقه لا يدعي بعداك سائنا بتامين الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكن
 له تعلق به حق المعرلة على اعتبار نصديقه فيصير كواداملاعه فانه لا يثبت

(كتاب الامور - باب دعوى النسب)

من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولا بي حيفه روح ان النسب مما لا يحتمل النقص
بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالأقرار به لا يرتد بالرد لان الأقرار به يتضمن شيئين
خروج المقر عن الرجوع في ما اقربه لعدم احتمال النقص كالإقرار بالطلاق والعناق وتعلق حق
المقر به بذلك وتكذيب العبد لا يبطل شيء منهما * اهـ الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا *
واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلو بل فيه حق المؤديا وهو لا يرد على ابطاله ونظر الامام
فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لجهالة من ثراية او فسق
ثم ادعاه الساهد لنفسه فانها لا تصح وكذا كورد ها المصنف روح وذو الاستدلال انه
على الخلاف لا يقبل عند أبي حنيفة روح خلافا لهما قوله وسماه الولاء جواب
عن استظهار دعواه بالابن اعلى الخلاف ولا يمتنع شاهد سلسله ركن الولاء وبطلان
باعتراض الاقوى كجرا الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة
وانما لا يبطل اذا تقرر سببه وام يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان
الولاء معروفة وقد اعترض عليه دعوا اقوى وهو دعوى المشتري لان المالك له انهم
في الحال فكان دعوى الولاء معاد للمحاه اوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف
النسب على امران النسب مما لا يحتمل النقص وهذا يصلح مخورا في حياته على
احل أبي حنيفة روح مع الواد بخلاف المشتري عليه الدعوة دون ذلك بر طبع
دعواه بغيره النسب ام يرد **قوله** ياد ابا الحسن في دعه سام وادع ابني وادع ابني الصبي
في دعه سام وادع ابني فقال الصبراني هو ابني وقال المسام هو صدي بن ابني وهو حر
لان الام مخرج ايهما كان يا مخرجهم يستدعي التعارض ولا يرد ان النظر للصبي
راى بغيره في ذلك او يرد ان يرد سبب الحرقة حاله في دعه الام وادع ابني
يعدا له في دعه سام يحكم بالاسلام في ال اخدم بغيره حره صا بغيره ادس
... ان يقول دعه ابني في الكتاب وهو يرد ان راعا من خوار

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

من مُشْرِكٍ ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الإلْف بالدين مانع قوي الا يرى
الى كفر آباءه مع دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذميمة احق بولدها المسلم
هالم يعقل الا ديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن
ان يجاب عنه بان قوله تعالى اُدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ بوجوب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى
النسب اب لان دعوته لا يحتمل النقص فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على
المرحمة بالصبيان نظر الها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه
الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق ونكر الحضانه لا يلزم رفق فيقلع منها بخلاف
ترك النسب ههنا فان المصير بعدة الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب
ولو كانت دعوتهم ادعوة البوّة فالمسلم اولى ترجيحاً للاسلام وهو اوفر الظرين ونوقض بسلام
نصراني بالغ ادعى على نصراني نصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما وادعاه
كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوى الدعونان في البينة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب
بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش السكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه
يثبت حقاً لنفسه لان معظم المصلحة في السب للولد دون الوالدين لان الولد يعبر بعدم الاب
المعروف والوالدان لا يعبران بعدم الولد وبينه من يثبت حقاً لنفسه اولى وفيه نظراً له
اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله عليه السلام البينة
على المدعى لانه شبه المدعى لكونه يدعى حقاً لنفسه **قوله** واذا ادعت المرأة صبياً
اذا ادعت المرأة صبياً انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة
فاذا كانت ذات زوج وصدّقها في ما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه
فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأه لا بها تدعى
تحصيل النسب على الغير ولا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها
وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام

(كتاب الدعوى — * باب دعوى النسب *)

قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة
 عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل
 الزوج وقال يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن
 ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه التزاما على نفسها
 دون غيرها وفي هذا لافرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت
 ذات زوج او لا * والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرالا يمكن اثباته بالبينة
 كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى امرالا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل
 قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها ما يشاهد
 فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخصاء فيه فلا يحتاج اليها
 والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا
 لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر بالقول له ايهاا صدقة ثبت نسبة منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر
قوله ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور
 والمغرور ومن وطئ امرأة معتمدة على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تسحق الولادة
 وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصد والارل وفتها الامصار ان ولد المغرور
 حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب وهو المستري الا ان الساف احملوا
 في كينية فمانه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يملك العلام بالجارية بالجارية
 بنبي ان كان الواد غلاما فعلى الاب غلام ماله وان كان حاربة فعليه جارية ماله او قال
 عاصم بن ابي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها و اليه ذهب اصحابنا وانه قد ثبت بالبص
 ان الحيوان لا يكون مملوكا بالمال وتاروا الحديث العلام بقيمة العلام والجارية
 فيه راءه لان الطور من الجائسين واجب دفع الضرر عهدها فجعل الولد حر الاصل
 في حق من راءه حق مدعيه طرالمهم **قوله** ثم الولد حاصل بان نسب المدعيان والدمع

(كتاب الاقرار)

المُنع لانه حاصل في يده من غير معة يعني من غير تعد منه فكان كولد المصوب داهية لاتضمن
 الا بالمُنع وتهدد لا اعتبار قيمته يوم الخصومة ولا يوم المُنع وانه لو مات الوالد لابن من الاب قيمته
 لانعدام المُنع وانه لو ترك ما لا لابن من ايضا لان المُنع لم يتحقق لاعتنه ولا عبر به لانه لان الارث
 ليس يبدل عنه والمال لايه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال
 مشترك بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل
 في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء
 بالقيمة والتأب بالضرورة لا يعد موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المُنع وكذا
 لو قتله غيره فاخذ ديتته لان سلامة بدله كسلامة نفسه له ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته
 كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع
 والبائع قد ضمن المشتري سلامة المبيع لجميع اجزائه كما يرجع اب الوالد بثمنه اي بثمن
 المبيع وهو الام لان الغرور سداهما بحلاف العقر لانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيعا
 منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

* كتاب الاقرار *

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمصارعة
 والوديعة ظاهر المناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعي عليه فامره
 لا يخاو اما ان بقرا وبكروا بكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى
 وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوْا فَأَصْلَحُوْا بَيْنَهُمَا وَبَعْدَ مَا حَصَلْ لَهُ مِنَ الْمَالِ أَمَا بِالْأَقْرَارِ
 أَوْ بِالصَّلَاحِ بَا مَر صَاحِبِ الْمَالِ بِمَا لَهُ لَا يَخْلُوا مَا ان يَسْتَرْجِعَ مِنْهُ أَوْ لَا فَان اسْتَرْجِعَ مِنْهُ فَلَا يَخْلُو
 أَمَا ان يَسْتَرْجِعَ بغيره او بنفسه وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة النبي
 ذكرها ههنا لك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المصارعة وان لم يسترجع فلا يخلو
 امان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي

(كتاب الاقرار)

حفظه بغيرة وهو الوديعه **قوله** واذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القوارف كان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشروطه سند كوفي اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقربه لوقوعه دلالة على صدق المخبر به لان المال محبوب بالطبع فلا يقر بغيرة كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله عليه السلام الاقرار والالزام به في باب الحد ودفائه عليه السلام رجم ما عزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما في ما يندري بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجتيه فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصورة فليدوم ولا به المقر على غيره وتحقيقه ان الاقرار خسر مترددين الصدق والكذب مكان محتملا والمحمول لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جاب الصدق بانشاء التهمة في ما يغرب على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي ما التردد ما في صلاحيته للحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحد ودية النصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر * ولعل لا يحتاج اليه لانه قل اذا اقر الحر بحق ازمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر ملزم او لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء فيصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هولاء ان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحد ودية النصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له * وقوله لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لتقرير السجدة بخلاف المأذون له لانه مساط على الاقرار من جهة المولى لان المأذون له لا يقر بما يلزمها وهو من التجارة لان المولى لا يبيعونه اذا عاموا ان اقراره لا يصح ان دلالة المولى الاسهاد في ذلك تسمية بعمارة وخلقها وحدود النصاص لان العبد فيهم معتبر على ان الحرية حين لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجاني راساية بناء

(كتاب الاقرار)

بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه يحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما جهالة لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف ما لا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها وتبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه فلا قرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم به مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهد به شرط بالنص وانتفاءه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك علي واحد من الف * واذا اقر بالمجهول يقال لدينا المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبدي فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ لصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وماله قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل واذا بين ماله قيمة مما ثبت في الذمة مكية لا كان او موزونا او عدد ديانحوكر حطة او فلس او جوزة فاما ان يساعد المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لعلي حق ما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا اذا قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المعصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري في ما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمتع حتى لو بين في حبة حطنا او في فطرة مائة لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت

(كتاب الافرار)

مكذبة له في بيانه ولويين في العقار او في خمر المسلم صحيح لانه مال يجري فيه التمانع
فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو
لا يصدق على العقار وخمر المسلم فانهم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما
فالجواب ان ذلك حقيقة وقد ترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد
اشار اليه بقوله تعويلا على العادة قول ولو مال لفلان علي مال اذا قل في اقراره لفلان
علي مال فمرجع البيان اليه لكونه المجدل ويقبل قوله في ما بين الا في مادون الدرهم
والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم
قال الشافعي رح هو مثل الاول وقلنا الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد
عظيما عند الناس والغنا عظيم عند الناس والغنا بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد
من البيان به * فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا نفى الابل خمس
وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنيا نير بعشرين مثقالا
وفي الدراهم بمائتي درهم * وان بين بغيره فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد رح قول ابي حنيفة رح في الاصل في هذا الفصل
وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع بد اليد
المحترمة وروي عنه مثل قولهما قبل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ
فيه فارجبنا العظم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية
والاصح على قوله ان بني علي حال المقر في العقر والغنا فان القليل عند الفقير عظيم
واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في ثلثه نصاب
من اي نوع سماه اعتبار الادنى التجمع وانما مال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم
وهذا عند ابي حنيفة رح وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثه عند الشافعي رح
وقال لان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم

(كتاب الافرار)

فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة
وباقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا
من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها
اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقال امكن العمل به لان في النصاب كثرة
حكمة فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة رح الدرهم مميز يقع تمييز العدد
واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزها هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر
درهما ومائة والفرهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف
اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى
غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف
فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لا حتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف
الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن
سبعة لكونه معتبرا في الشرع **قوله** ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل
في استعماله اعتباره بالمفسر فماله نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك
النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال
كذا كذا كان كاحد عشرون ثلث بغيره واو لم يزد على ذلك لعدم النظر واذا قال كذا
وكذا كان احد او عشرين وان ثلثة بالواو كان مائة واحد او عشرين وان ربع يزداد عليهم الالف
ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي يبنى عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله ودعة صدق ويكون مجازا لايجاب حنظ
المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصلا قال المصنف رح
وفي نسخ المختصر يعني في مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بما انه لان اللفظ ينتظمهما
حيث صار قوله لاحق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل

(كتاب الافرار)

عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولاً ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل
لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه
في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيستي او في صندوقتي فهو اقرار بامانة
في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فثبت اقلهما وهو
الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت
اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة
والجمع بينهما غير ممكن واهما لهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى
على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعاً للمادونه فنعين العكس ولو قال لرجل
لي عليك الف درهم فقال اتزنها وانتقدها او اجلني بها او قد قبضت بكها كان اقراراً بالمدعى
لان ما خرج جواباً اذا لم يكن كلاماً مستقلاً كان راجعاً الى المدعى كورا ولا فائدة اعاده بصرح
لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المدعى كور في الدعوى فكأنه قال اتزن
الف النى لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية
لا يكون اقراراً بعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلاً فكأنه قال ائعد وزا باللاس
واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقاد او نقد باللاس درهمهم واما في قوله اجلني
فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قبضت بكها فان القضاء يتلوا الوجوب
ودعوى البراءة كدعوى القضاء لانه يتلوا الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة
يعني لو قال تصدقت بها علي او هبتها الي كان اقراراً بالدعوى انك عليك وذلك يقتضي
سابقه الوجوب واذا دل على الف درهم الى سنة قال المقر ان هي حاله يقول للمقر
لان المقر اعترف على نفسه وادعى حقه للمدعى ولا يصدق كما اذا اتزعت يد يده لغيره وادعى
الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقرب درهم سود فانه يصدق لان
السود في الدارهم فيلزم على الصفة التي اقر بها فرد صرت المسئلة في الكفالة و

(كتاب الاقرار)

ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكرو اليمين على من انكروا ان قال له علي مائة
ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع
في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا به قال الشافعي رحمه الله لان المائة
مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة
وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه
الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب
العدد دين والاستتقال في ما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه
وذلك في ما ثبت في الذمة كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة
في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب
لا يثبت في الذمة دين الاسلام والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها بقي على
الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف
للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوب ان يرجع في بيان المائة
الى المقر اينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة
اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عدد دين مبهمين واعقبهما تفسير اذ الاثواب
لم تدكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير لانه الاثواب جمع لا تصلح تمييزا للمائة لانها لما افترنت بالثلاثة
صار كعدد واحد **قوله** ومن اقرب تمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر
شعبين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله
ضربت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء التمرا وثوبان في منديل
او طعاما في سفينة او حطة في جوالق ازماء لان غصب الشيء وهو ظروف لا يتحقق
بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمر من قوصرة وثوبان من منديل وطعاما من سفينة

(كتاب الاقرار — * فصل *)

لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المتزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الاضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد ربح بدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والصل حد بحد السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حماله بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحمائل بيت يزين بالنياب والاسرة والعبدان برفع النون جمع عود وهي الخشبة وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور **قوله** لان النفيس من النياب قد يلف في عشرة اثناب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبت كرباسا في عشرة اثناب حرير يلزمه الكل عند محمد ربح مع ان عشرة اثناب حرير لا يجعل وعاء لكرباس عادة **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منهما موعى بباحواه والوعاء الذي هو ليس بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين والوسط **قوله** لان الفسرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

* فصل *

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بهامسائله الخيارات اتباعا للمسودات **قوله** ومن قال للحمل فلابه علي الف درهم ومن اقر لحمل فلان فاما ان يبين

(كتاب الاقرار — * فصل *)

ان يبين سببا اولافان بين سببا فاما ان يكون سببا صالحا اولافان كان صالحا مثل ان يقول
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالأقرار صحيح لانه بين سببا لوعاينة حكمنا به فكذلك
بأقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به
في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لائل من ستة اشهر
من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لا كثيرا لي سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا
جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا اذا جاءت به ميتا فالمل للموصي
والمورث حتى يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حين فالمل بينهما نصفين ان كانا ذكرين
وان كان احدهما ذكرا والآخر اثني ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ
الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء
لانه بين مستحيلا لم تصورهما من الجنين لا حقة وهو طاهر ولا حكما لا لايدي عليه
فان قيل كيف كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل
ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف
ما اذا اقر للضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك
حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة
الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابيوسف رج
وصححه محمد رج لان الاقرار اذا صدر من اهلاء مضافا اليه محله كان حجة يجب
العمل به لان نزاع في صدوره عن اهلاء لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل
بمحله على السبب الصالح حملا الكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون له اذا اقر بدين
فان افترقه وان احصل انفساد بكونه صاذا او دين كفاية والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا
تصحح الكلام العاقل ولا يبي يوسف رج ان مطلق الاقرار بصرف الى الاقرار بسبب التجارة

(كتاب الاقرار - باب الاستثناء وما في معناه *)

ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حاله رقة
 فيصير بدلالة العرف كالنصر يحم به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له
 وجهها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها لرجل ومات والمقر وارثه وورث
 الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه
 الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء
 على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح يلزم به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة
 وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يستعمل لان الخبر
 ان كان صادقا بطل بقتل المواقف فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان بالهم يتغير باختياره
 وعدم اختياره وانما تأثيره في العقود لتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه
 * باب الاستثناء وما في معناه *

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجهه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه
 تغييرا وهو الشرط * والاستثناء استفعال من الشيء وهو النفي وهو متصل وهو الاخراج والتكلم
 بالباقي * ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه **قوله** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى
 متصلا باقراره صح استثناءه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة
 اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الادرها معنى قوله علي تسعة
 لما عرف في الاصول * واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس
 رضي الله عنه جواز التأخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا يصل بين كون المستثنى
 انما او اكثروا ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم
 بذلك والدليل على جواز قوله تعالى فَمَا أَلَّا تَدْلِلُ عَلَيْهِمْ عَلَيْهِمْ لِيُظْهِرُوا مَا فِي بُطُونِهِمْ
 واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد السياء والحاصل بعد السياء فيدون
 رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل وهو صولا كان او مفصولا عن اسمي الجميع لزمه الاقرار

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

الاقرار وبطل الاستثناء هذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوائف الانسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الاعمدة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثبوت لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه في ما سواه لا لا م يرجع الى اللفظ فبالظن الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناول الصدور والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثبوت فان قيل هذا ترجيح اللفظ على المعنى واهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطبيقات الاربع اصح الاستثناء ووقعت طلقتان وان كان الست الاصح لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الست ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الاربع فكان اعتباره اولى ولو قال له علي ما تدرهم الدينار او لا تغير حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ولو مد مائة الايمنة الدينار او لا تغير خلافا لمحمد رح ولو قال له علي ما تدرهم الاثوب لم يصح الاستثناء عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيهما في قول محمد والشافعي رحمهما الله يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر لمحمد رح ان الاستثناء ما لولا له لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس والشافعي رح ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالة فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المصنف رح كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى منه والمستثنى شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وايسن من شرطه المجانسة وليس بمصحح

(كتاب الإقرار * باب الاستثناء وما في معناه *)

لانه يقول بالاجراج بعد الدخول بطريق المعارضة * ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا * ولا يبي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان شرط الاستثناء المتصل بالمجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلما يتناول ما كان علي اخص او صافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها ائمان باوصافها فانها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستعراض بها واما العددي المتقارب فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدر لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في خص الاوصاف فصارت بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما النوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو بمعنى السلم كالبيع بنية موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدر للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجعولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء وثقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدر من حيث اللزوم والقيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحصانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المعبر الي القيمة راجع ذلك في غير المقدرات **قوله** ومن اقرب الحق وقال ان شاء الله تعالى ومن قال ادلان علي ما ندرهم ان شاء الله لا يلزمه الا ان الاستثناء بمشيئة الله اه ابطال كذا درهم ذهب ابي يوسف رح او تعليق كذا درهم ذهب بمسند رح ونسبة الخلاف تحسرنه اذا قدمنا عليه فقال ان شاء الله انت يا ابن ابي يوسف رح لا يقع التعلق لاجل ابطال رضاء مسند رح يقع لانه تعليق ما دام الشرط ولم يذ كر حرف الحراء اه بانه في معنى التعلق من غير شرط

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

شرط وقوع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطال وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون
بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح
وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا امت او اذا جاء رأس
الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل
الى الوقت المذكور حتى او كذب به المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم
قوله ومن اقرب دار واستثنى بناءه لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الابناء ها فانه لي
فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى
من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعاً ولهذا لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف
لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير لبناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعاً لا لفظاً ولو قال هذه الدار لفلان الاثلثا او الاثني عشر منها فهو كما قال لان ذلك داخل
فيه لنظاؤه مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار
لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقرب كليهما ثم ادعى شيئاً منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعروة لفلان فهو كما قال لان العروة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الارض بالارض لا صلتها
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين * احدهما ان الاقرار بعد
الدعوى صحيح دون العكس * والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر شئبين
يتبع احدهما الاخر كالارض والبناء فان كان لشخص بظاهروا كان لشخصين فان قدم التابع

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

الالف ولا يصدق في قوله: اذ بصت عبد ابي حنيفة ربح واصل او فصل لا، رجوع مما اقربه
 فان اقراره صريح رجوع اليه كلفه علي واستتارة القبض في غير المعين ينافي الوجوب
 اصلاً لان حيلان المبيع مقارئة كانت كالسجل الذي حاله العقد او طارئة كما اذا اشترى عبد
 ثم سياه عبد الاختلاف به ماله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول
 وذلك، بموجب سقوط قد آمن فارل كلامه اقرار بموجب الدين و آخره بموجب سقوطه
 وذلك رجوع ولا يصح وان كان موصولاً و قال ابو يوسف ومحمد ربحهما الله، المفردة
 اما ان يصدق المفرد في البيع الاول فان صدق، فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي
 وان كذبه فالقرا ما ان وصل بقوله اذ بصت اذ افسد او فصل بان وصل فالقول قوله وان فصل
 لم يصدق لان ازل كلامه موجب و آخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار
 عدم القبض فكان بيان تغييره وهو انما يصح موصولاً والموعود هو معنى قوله وان
 اراء باعده على ان حركته رابعا عشره وذلك ايحتمل ان الحكم في المراجع حكم العدد
 في رده لا اذا كان الرجوع اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا ينافي كد وجوب الممن
 على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حين التردد لانه ربما يهاك المبيع
 في بد البائع فيسقط الممن من المشتري لكنه ينافي كد بالقبض والمدعي بدعي القبض
 والمقر سكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب
 شرط ولا بد من جواب وقوله وبه لا ينافي كد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله، فيكون
 لو حود الناء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون
 القول له ليس صحيحاً لانه في شأن المليل وليس فيه اسعار رداك ويمكن ان يقال جزاؤه
 مخدوف ودفعه وان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا ينافي كد المذنب
 بالنفس كان الطالب، دع بالقبض والمقر ذكر فيكون القول قوله ولو قال ابتعت منه وفي بعض
 النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا انه لم يرد في القول قوله بالاجماع لان

(كتاب الإقرار —* باب الاستثناء وما في معناه *)

ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض
هذا مفهوم كلام المصنف رحمه الله نظره انه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس
كذلك كما تقدم في البيوع **قوله** وكذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف
من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل
اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقرب بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان
ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقال اذا وصل ام يلزمه شيء لانه بين بأخر
كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والفسقة وقد اعتاد الفسقة
شراءها واداء ثمنها فيحمل انه بى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا
فيصح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته
وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب
المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال
والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا، لو قال له علي الف درهم
من ثمن متاع او افرضني العاوين ايهما زبوف او نبهر حة وفل المقر له هي جياذ لزمه الجياذ
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا
قال هي ستوفة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف رحمه الله فان ثبوت رواية عنه لا صدق
وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زبوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي
الف درهم زبوف من ثمن متاع لهما انه بيلن مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف
الى الجياذ لكنه يحتمل الزبوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء
لاستدالا والاستوفة بمجازة لانها تسمى دراهم مجازا ويمكن ان يتوقف صدق الالام على عجزه
فاذا ذكرهما آخر كان بيان تغيير فيصيح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

الا انها وزن خمسة ولا يبي حنيقة رح ان هذار جوع لان مطلق العقد يقتضى السلامة
 عن العيب والزبافة عيب فلم يكن دخلا تحت العقد ليكون دعواه بيا نابل بكون رجوعا
 عن بعض موجه وصار كما اذا قال بعته معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري
 لما بينا ان مطلق العقد يقتضى السلامة والسقوة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد
 على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواه رجوعا **قوله** وقوله الا انها وزن
 خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء
 لانه مقدار بخلاف الجودة فاليها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء الباء في الادار
 فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كرحطه من ثمن عبد الا يهاريته لان
 الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعافيان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة
 نوع لا عيب فان نيل فالجودة كذاك لما مر انهما صدان دفعا للتحكم اجيب بان
 الرداءة في الحظفة متنوعة لا عيب وفي الادراهم عيب لان العيب ما يحلوه اصل
 الخلقه السليمة والحظفة قد تكون رديئة في اصل الخلقه واذا كان نوعا لم يكن مقتضى
 مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحظفة ما لم يبين
 انها جيدة او وسطا وردية وليس في بيانه تعبير موجب اول كلامه **صحيح** موصولا كان
 او مفصولا عن اني حنيقة رح في غير رواية الاصول في الغرض انه يصدق في الزبوف
 اذا وصل لان المستغرض انما يصير مضمونا على المستغرض بالقبض فالغرض بوجوب رد مثل
 المقبوض والمقبوض قد يكون زبافا كما في العصب وجه الظاهر ان التعامل بالحياد
 والحياد هي المتعارفة والمختلف يصرف الى المعارف * والمراد بالاصول الجماعان والزيادات
 والمبسوط ومقررهما بظاهر الرواية ومن الاسامي والمواد والزيادات والهارونيات
 والكيسايات ومقررهما بظاهر الرواية **قوله** لان علي الف درهم زيد ومن الجهته قال العميد
 ابو جعفر لم يدكره في الاصول فمن المسائح من قال يصدق بالاجماع اذا اراد

(كتاب الارزاق - باب الاستثناء وما في معناه *)

لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكّر ما يصرفها الى الجياد وقال الصرخي هو
على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الارزاق يصرف الى العقود ليعينها
مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سمة تجارة سواء ولو قال
اغتصبت منه الفا وقال اود عني الفائم قال هي زبوف ارنيهم رجه صدق لان
الانسان بغصب ما يجد وزبوع ما يملك فلا يقتضي سقي الجياد ولا تعامل في غصب الجياد
ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض لان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع
فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ربح ان الزبانية في الدرهم
عيب فيكون ذكر الزبوف رجوعا فلا يقل اولا فلا اذن من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقل
مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بان ذكر الزبوف في قوله يصرف قد يكون متصلا بها
من حيث الخلقة فيكون متوعا ليس الاكتمال في الحصة وقد لا يكون وحيدة - يجوز ان يكون
متوعا وعيبا وانما بطة في ذلك ان يظن في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت
الزيادة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تفيدت بها فلا يمكن ان تكون الزبانية
نوعا منها للتباينها لكنها تنافيتها تدفي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب وانما هي فيها
كانت نوعين لمطلق الدراهم لاحتمالها اياهما احتمال الجنس الانواع والاداءات والاصناف
قوله واحدا اي ولاجل ان لا يقتضي له في التجديد لوجاء راد اللفظ بوجه راد ينفذ
بالمعيب كان القول قوله فان الاختلاف متين وقع في هذه المغموض بالارزاق
ضميا كان او امبيا وعين ابي يوسف رحمه الله لا يصدق فيه دفع الزبانية راد
اذ الموجب للصحة ان يجهلوا فبعض ربه مودون فيها ولو اوردوا راد الزبانية في
سواء او رصاص مود لا يصدق لان المستوفى ليست من حصة راد الزبانية
باعتبارها من راد الزبانية من ارجاء ولو دل في هذا كما ينبغي ان لا يرد
والذين والاصحاب انهم لا يصدقون فان وصل صدق الاداء في عدم

(كتاب الاقرار — * باب الاستثناء وما في معناه *)

تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفو العدم امكان الاستثناء قوله ومن اقر بنصب ثوب هذه قد تقدم وجهها بان الغصب لا يختص بالسلب قوله ومن قال لا اخراخذت منك الف درهم المقرصا ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتي بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت ودعيه فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالخذ كالقرض فاقول للمقرص مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهم في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخرين كرهه فدان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني ودعيه وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى المقر له ربا قوله ومن قال قول له في الداعي ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكروا المقر له في الداعي فيل اعداء والدفع ليكون الاستثناء مأموع هو قد يكون بالتخليه سلمناه لكنه ضروري ولا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذ منه الدابة وانوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقرص اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه بغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر لا جماع فيكون ذلك دليلا لا بي حقيقته رح وقوله وجه الغياس ما يرد في المورد بعد ارادته فوائده لانه اقر باليد له وادعى استحقاتها عليه وهو ينكره والقول له كبروت فيكون لقول قوله في كيدبه اي في كيفية تبوت اليد انه نافي طريقان كما ارفال ملكيت عبدي لك قوله لا انبي ام انص النسن ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كاللقطه فانها ودبعة

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

في يد الملقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والتمت ثوبا في دار انسان وقوله
وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في اذكرة ان الرد انما واجب
في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذ تها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة
واختيها اي العاربة والاسكان فردها علي فكان الانتراق في الحكم للافتراق في الوضع
وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان متمد ارجح ذكر في كتاب
الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا
اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قل اقتنيت من فلان احدى درهم
كانت لي عليه او فرضته لائم اخذتها منه وانكر ائقرله حيث يكون القول قول المقر له
لان الديون تقضى باموالها وذلك معلوم فاذا اقربا فنضاء الدين فقد اقبض مثل الدين
لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب
الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكرة اما ههنا
يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترا
وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والباخير الوانع في كلام المصنف رح
بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخيرة لان المرض
بعد الصحة **قله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته ديون حال
مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعالم
معينه واقربى مرضه بديون غير معلومة لاسباب فديون الصحة والني عرفت اسبابها
مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحيح ودين المرض سواء كان بسبب
معلوم ولا يستريان لاستواء سببهما وهما لاقرار الصادر عن الاهل اذا فرض فيه المضاف الى

(كتاب الاقرار — *باب اقرار المريض)

الى محلله وهي الذمة القابلة للحقوق فصا رك انشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب
في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن
ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء
ولهذا منع من التبرع والمحابة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث
اذ لم يكن عليه دين * وفي هذا التوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستواء
بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحابة في حال المرض
كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق
بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق
يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت
قوله بخلاف الكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء الكاح والمبايعة
وذلك لان الكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان
ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاذنية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون
حالا يعني ان الكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فبأطلة والكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن
من الحوائج الاصلية اجيب بان الكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع
لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة
لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالضرورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء
بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير
غيره معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقد رته على الاكتساب
فيتحقق التمييز فلم يحتمل الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حاله المرض حادثة

(كتاب الاقرار — باب اقرار المريض)

عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن النوى فان قيل سلما ذاك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذك اجاب بقوله وحالنا المرض حاله واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالني الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فترقان فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن افراره في حاله المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد المفردة من دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعين لا مرد له فيقدم على المقر به وبصير مل دين الصحة يقدم احد هذه على الاخر لانه من الحوائج الاصلية يعني في الكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره **قوله** ولو اقر بعين في يده لا خرم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذاك نفاق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء اقره او اقره بالصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباين لا يصح فان فعل ذلك امسأ المقتوض للمقاضي بل يكون بين الغرماء بالخصص واما يقال الساعي رحام له ذلك لان المريض ناظر لنفسه في ما يصنع فربما يقتضي من يخاف ان لا يساهم في الابراء بعد موته وبخاصة في الآخرة والتصرف على وجه الظرف مردود والجواب ان المريض لا يصح ان لم يطل حق غيره **قوله** الا اذا قضى ما استقرص استثناء من قراه ولا يجوز للمريض ومعه ان يقضي في مرضه ما استقرصه في مرضه او عند ثبوت ما اشترى ذلك ودين عام ذاك بالبيد او بالمعاده جاز وسلم المقرص المقر لا يساركه غيره لانهم يطل حق الغرماء راء حواه من كل التي محال آخره اذ ارايت رده استقرصه بغيره وبيع البيع ردد البيع الكا ببيع سلامة المردود عليه لحق غرضه لا يحسب الا ببيع ذاك

كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض)

ذلك فكذلك اذا ارد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعها
وفصل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول
على الصدق في حقه حجة عليه واسار دقة الغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت
صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال
حق الغير فكان المقر له اولي من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدن
جاز ذلك عليه في جميع تركته فان قيل السرع تصرف تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر رضي الله عنه اجيب بان ذلك
في الوصية وما في معناها والاقرار لا يجبي ليس من ذلك كما سأأتي ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعاق بالتركة
بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه **قوله** ولو اقر المريض لوارثه
لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او دين الا ان يصدده فيه بنية
الورثة وقال السامعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهر لحق ثابت لترحم حاسب
الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيًا في فكاك رقبته
وصار كالاعتراف لا جبي وبوارت آخرو يوديعه مستهلكه للوارث كما اذا اودع
اباه الف درهم بمعينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بنية
الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف المريض
اندايرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا يرى انه ان كد بناءه فمات وجب الضمان ايضا في تركته
لانه مات مجبه لا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهونص في الباب
لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمسئور قول ابن عمر رضي الله عنهما
واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدن ارحل غير وارث فانه جائز وان
احاط ذلك به الله وان اقر وارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه أخذ علماء بالان

(كتاب الأقرار —* باب اقرار المريض)

قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولأن حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقي وتذكر ما أوردناه بالأقرار بوارث آخر وما أجابنا به عنه ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتفاء الآمال وكل ما هو كذلك فلا قرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه والقراءة تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في حال الصحة لأنه وإن حجب عن الأقرار بالمرض لا تمتنع الناس عن المعاملة معه فإن قيل والحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث أجاب بقوله وقلمّا تقع المعاملة مع الوارث لأن البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لأنه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الأقرار بوارث آخر لحاجته أيضا وهو السؤال المذكور به آنفاً ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه نصم إقراره **قوله** وإذا أقر الأجنبي جاز وإذا أقر المريض لا جني صح وأن أحاط بماله ما يبى أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فإن القياس لا يقتضي جوازه إلا بمقدار المثلث لأن الشرع قصر تصرفه عليه كما مر إلا أن المثلث لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأن الثلث بعد الدين محل التصرف فننذ الأقرار في الثلث الثاني ثم ونم حتى يأتي على الكل فإن قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله مع الأجنبي بدون إجازة الورثة كما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب أن تغذ وصيته في ثلثه أيضا ثم ونم إلى أن يأتي الكل فالجواب أن المثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكما أورد بين من محل التصرف

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض *)

التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا **قوله** ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا وغير مستمر وغير المستمرا اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره * وما لغيره فاما ان يكون سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق او لا واما ان يكون اعني غير المستمرا وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففي ما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالا جماع وفي ما كان وارثا مستمرا لا يصح بالا جماع وفي ما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتعاء بحجب كما اذا اقر لاختيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا اقر لزوجته في مرضه ثلثا بامرها وند اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الاباء لقيام العدة فلعله استل مبرا عنها وباب الاقرار للوارث مسدود فادع على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فثبت وفي ما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل الاقرار خلافا لفرح اعتبار الحالة الاقرار لانه يوجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها ثلثا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحajib ورائته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثا قبل التزوج * وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل * واغترق ان بالمستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفي ما كان وارثا في حالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي الدعة ومات بطل الاقرار

(كتاب الاقرار - باب اقرار المريض * فصل)

عند ابي يوسف روح وجاز عند محمد روح وهو القياس لانها تراث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر في ما قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات *
ووجه قول ابي يوسف روح وهو الاستحسان ان الاقرار الموارث باطل لنهمة الايثار فاذا وجد سبب الورثة عند الاقرار وجدت النهممة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الورثة عند الاقرار لان النهممة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار
* فصل *

ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته * وصحة الاقرار بالولد ثلث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذا كان لا يمنع ثبوته من غيره وان يصدق المقربة في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في بد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته **قول** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة والمرض لانه اقرب ما يلزمه وايسر فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والماذكور في المبسوط والايضا في جامع الصغير الامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر الاب والابن والمرأة ومولى العتاة بل صاحب المهادة والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور في اقرار المرأة بالزاد الدين والزوج والمولى لما بيناه ان اقراره بما يلزمه صحيح في اقراره

(كتاب الاقرار — * باب اقرار المريض * فصل)

واقرار المرأة يصح بشئ نفع بالآب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لابائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذا افترض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انه الا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا ثبت النسب منها بقولها لان فيه الزام على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة * شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اخوها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم الكاچ باق وهو العدة زانية واجبة بعد الموت وهي من آداب الكاچ الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام الكاچ وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احتتام الكاچ وهو مما يبقى بعد الكاچ كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رح لا يصح لان الكاچ انتظم بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حاله الاقرار وانما ثبت بعد الموت وانتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت الكاچ الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والصديق يستند الى اول الاقرار وبشر بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر الكاچ المعلن قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث ليس بلزوم له لجواز ان تكون المرأة كناية فام يعتبر قائما باعتبارها ثم ومن اقرب بسبب من غير الوالدين ومن اقرب باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه

(كتاب الاقرار - * باب اقرار الميراث * فصل)

حملة على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى
الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوى الارحام او لا يكون فان كان فهو اولي بالميراث
من المقر له هذا لانه لم ينبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق
المقر له ميراثه لانه اقرب بسبعين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره
وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له الصرف في ماله نفسه عند عدم
الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج
الى بيان **قوله** ومن مات ابوه فاقرباؤه لم ينبت نسبه علي عليه السلام ان الارث
على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فاما است نسبه وهو المشهور
عن ابي حنيفة رحمه الله وان كان المقر احد الابنين لم ينبت النسب ان المقر يشترك
المقر في الارث بقاء على ما مر من الاصل ان اقراره تضمن سبعين حمل السب على امير
والاشراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رحمه
ان اقرار احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده
وقال ابن ابي ليلى بعد ذلك ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنذني
حصته وبطل في حصته الاخ * ولا يبي حنيفة رحمه ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق
والمكر ظالم فيجعل ما في يده المكر كما هالك ويكون البقي بينهما بالسوية **قوله** ومن مات
وترك ابين ومن مات وترك ابين وله علي آخره انه درهم فامر احد هذه ان اباه
قبض منها خمسين الا سعي للمقر وللآخر خمسون بقاء على ما ذكرناه من الاقرار على نفسه
وعلى غيره وهو الاخ والميت فصم على نفسه والا يصح ما يدين بحلف الاخ بالذم ما به لم
ان اباه قبض منه الخمسين ويتخذ الخمسين من الميراث هذا اقرار بالدين على
الدين الا ان يقيم الدين من نفسه وصدر على ما به ان - - - - -
ارث الدين - - - - - يجب ان يضاء عليه من - - - - -

(كتاب الصلح).

استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعرض بان
صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب
ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثه
لم يبق على زعمه من الدين الا الخمسون فلم بتحقيق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه
زعم المكرفان في زعمه ان المقبوض على الشركه كما في زعم المقر والمكرفان على زيادة على
المقبوض فتصادفنا على كون المقبوض مشترك بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المكرفان
حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة وام يكن المقبوض مشترك بينهما اجاب بقوله غاية
الامر انهما تصادفا على كون المقبوض مشترك بينهما لكن المقر لورجع يعني ان المرجح
هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر
على القابض شيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اياه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين
بسبب سابق قبل القبض وقد انقضت التبص في هذا المدعى فيرجع لتمام حقه ورجع الغريم
على المقر لاقراره بدين على الميث مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل
ان يقول اذا كان من زعم المكرفان اياه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره
ظالم وهو في ما يقبضه اخوه منه مظلوم ولا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره
والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه

* كتاب الصلح *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة *
وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المازعة * وسببه تعلق البقاء المقدر وتعاطيه وقد يبيأ
في التقرير * وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله * وركبه الاجاب
مطلقا والقبول في ما يتعين بالعيين واه اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح
على ذلك الجس فقد تم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه

كتاب المصالح

لانه اسقاط لبعض الحقوق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غير موطن طلب
 البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لاتبم البيع ما لم يقل الطالب قبلت * وحكمه تملك
 المدعي المصالح عليه منكر ان الخصم او مقرا او وقوعه لالمدعي عليه في المصالح عنه
 ان كان ما يحتمل التملك والبراءة له في غيره ان كان مترا * وان كان منكر افحكمه
 وفروع البراءة من دعوى المدعي احتدل المصالح عنه التنايك اولا * وانواعه بحسب
 احوال المدعي عليه ما هو اذ كور في الكتاب وبحسب الدليل على القسمه العقلية
 على ما سنذكر * وجواره ثابت بالكتاب والسنة **قوله** الصلح على ثلثة اصرب **الحصر** على هذه
 الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان بسكت او يتكلم مجبا وهولا بخلو
 عن الامور والامات لا يقال قد تكلم به لا يتصل بحل النزاع الا سقط بتوا مجبيه او كل ذاك
 جائز لانه مالى والصلح حبر وانه باطلا فبثاوله وان منع الاطلاق او فوعه في سياق صلح الزوجين
 في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يَصْلِحَا بيهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب
 بان الاعتراف عموم اللفظ لا خصوص السبب وانه ذكر للتعليل اي لاجماع عليهما ان الصلح
 صلح الان الصلح خير فكان عام ولا انه وقع قوله ان بصا اذ في سياق الشرط فكان مستغبرا لماله
 والصلح خير كان في الحال فام يكن اياه دل حسده ان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل
 مستعذرا لان الصلح بعد البين واصلح المودع واصلح من ادعى فدفع الى آخر واصلح من ادعى
 على امرأه نكاحا فانكرت لا يجوز فبصرف الى الادنى وهو الصلح عن الاقرار اجيب
 بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عدد مدد ولعله
 عليه السلام كل صلح جائز في ما بين المسلمين الا صلح احل حراما او حرم حلالا وقال
 السافعي رح لا يجوز مع انكاره وسكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذاك ما نال
 عليه مسرور بالحدث المروي ولان المدعي عليه دفع المال ادفع الخصم منه وانه
 رشوة وهي حرام ولا نالها من قواه تعالى والصلح خير واول ما روي من الحديث وهو

(كتاب الصلح)

وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر
أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يبطأ الضرة أو لا يتسرى والحمل على ذلك واجب
لأنه لا يبطل العمل به أصلا وذلك لأنه لو حمل على الصلح على الإقرار خاصة لكان كالصلح
على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ إلى
تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعي عليه منعه
قبله وحل بعده وعرفنا أن المراد به ما كان حلالا أو حراما لعينه ولأن هذا صلح بعد دعوى
صحيحة فكان كالصلح مع الإقرار فيقتضي بجوازه لوجود المقنضي وانتفاء المانع لأن المانع
أما أن يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخذ وليس شيء منهما به وجودا ما الثاني ولأن
المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الأول فلأن المدعي عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أبصا مشروع إذا لمال وقاة الأئس ودفع الظلم
عن أمسه بالرشوة أمر جائز لا بد من أن نسلم الجواز لقوله عليه السلام «أمرني الله أن أراشي
والمرتشى وهو عام لأنه محمول على ما إذا كان على صاحب الحق ضرر محض في
أمر غير مشروع كما إذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الإرث وأدفع
الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتماه في أحكام القرآن للرازي فإن قيل
فعلى هذا إذا ادعى على آخر ألف درهم وهو سكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم اترقا
قبل القبض ينبغي أن يجوز لأن هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه
للمعاوضة ومع هذا لا يجوز أجيب بأن عدم جوازه بناء على زعم المدعي أن في زعمه
أنه صرف لأنه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس **قوله**
فإن ومع الصلح عن إقرار إذا وقع الصلح عن إقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه
ماعتد في البياعات أو حود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق
المعادين فجري فيه السعة في العتار ويرد بالعيب وببطل فيه خيار السرط والرؤية وبعدم

جهالة المصالح عليه لأنها تعضي إلى المازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط وهذا ليس
 علي إطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا إلى ذكره وهو أن الصلح باعتبار بدليته على أربعة
 أوجه أما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة وأما أن يكون
 عن مجهول على مجهول فإن لم يحتج فيه إلى التسليم مثل أن يدعي حقا في دار رجل
 وادعي المدعي عليه حقا في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعي جاز
 وإن احتج إليه وقد اصطالحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبيسه على أن يترك
 الآخر عواهة وعلى أن يسلم إليه ما دعه لم يجز وأما أن يكون عن مجهول على معلوم
 وقد احتج فيه إلى التسليم كما لو ادعي حقا في دار في دار حل ولم يسمه فاصطالحا
 على أن يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعي عليه إلى المدعي ما دعه وهو لا يجوز
 وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطالحا في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه
 جاز وأما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج إلى التسليم لا يجوز وإن لم يحتج إليه
 جاز * والأصل في ذلك كعدان الجهالة المنصية إلى المازعة المانعة عن التسليم والتسام هي المنسدة
 فما لا يجب فيه التسليم والنسليم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم
 الدال شرط لكونه في معنى البيع وإن كان عن مال بمصافح يعتبر بالاجارات لوجود معنى
 الاجارة وهو تسليم المصافح له مال فكل مصفعة يجوز استحقاقها باعتبار الاجارة بحور استحقاقها
 بعقد الصلح فإن اصطالح على مكسب يست بعبه إلى مدة معلومة جاز وإن قال أبدا أو حتى
 يموت لا يجوز فإن الاعتراض في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فالباع موعى والكفالة
 بشرط راءة الاصيل حلاله والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كذلكه فيستلزم التوقيت فيها
 وبطل الصلح بموت أحدهما في المدة كالأجارة وأما إذا وقع الصلح عن السكوت والابتكار
 كما في حق المدعي من عامة الاستدعاء اليقين ووطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة ما بينا
 أن المدعي بأحده عوصافي رءا وأن قبل العقد اتصف بصعده كيف يتصف بالآخرين تة إياها

تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها تسلم
 في حق المعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد الكاح فان حكمه الحل في حق امرأته
 والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لا فداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر
 واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجمود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالسك
 مع ان حمله على الانكار أولى لان فيه دعوى تبرغ الذمة وهو الاصل **قوله** واذا صالح
 عن دار اذا صالح عن دار عن انكار وسكوت لا تجب فيها السعة لانه يأخذها اي المدعى عليه
 يستبقى الدار على ملكه لانه يشترها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرأ
 يؤخذها في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعى بأحدها
 عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فلزمه السعة باقراره وان كان المدعى عليه بكذبه
 فصا ركانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو سكر اذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح
 عنه رجع المدعى عليه على المدعى بحصة المستحق من العوض لانه كونه عن اقرار
 معاوضة مطلقه كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار
 فاستحق المنازع فيه رجع المدعى بالخصومة على المستحق اعياءه مقام المدعى عليه
 ورد العوض لان المدعى عليه ما بدل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه واذا ظهر
 الاستحقاق ظهران لا حصومته له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه
 فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين
 ثم ادعى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده اعدم استماله على غرضه وموقض بما اذا
 ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار
 ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال
 في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
 مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا انسحبت زالت الضرورة الموجبة لذلك

باب المصالح

لانتفاء الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه فكان يدفع باختياره ولم يظهر
عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وإن استحق بعض المصالح عنه رد المدعي
حصته المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه
عليه فلأنه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في بدئه وأما رد الحصته فليخلو العوض
في هذا القدر عن غرض المدعي عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار
رجع بكل المصالح عنه لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح وأما يسلم فيرجع
بمبدله كما في البيع وإن استحق بعضه رجع بخصته اعتبار البعض بالكل وإن كان الصلح
عن انكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لأن المبدل
فيه هو الدعوى هذا إذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما إذا أحرى كما إذا ادعى دارا
واكر المدعي عليه ثم صلح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعثك هذا العبد بهذه الدار
ثم استحققت فإن المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لأن اقدام المدعي عليه
على البيع اقرار منه بالحق للمدعي إذا الإنسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم
البيع ولا كذلك الصلح لأنه قد يقع ادفع الخصومة وإيهاك بدل الصلح . قال المسلم
إلى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في العاصلين أي في فضل الاقرار
والانكار فإن كان عن اقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي وإن كان عن انكار رجع بالدعوى
قوله وإن ادعى حقا في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع
فلا نعيد ها ولو ادعى دارا فصالح على قطعه منها كبيت من بيوتها بعيه لم يصح الصلح لأن
ما بقده بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بيته لأنه استوفى بعض حقه وأبرأ
عن الباقي والبراءة عن العين بالمال فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الإسلام أنه
لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية أن ظاهر الرواية وجهه أن البراءة لا تلي عبدا
ودعوى البراءة عن الدعوى صحيح ما من دليل على براءتك من دعوى هذه العين صحيح

(كتاب الصلح — * فصل *)

صلح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على شيء معلوم عن دار اخرى صلح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة معنى حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى ان يدعى البقعة لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف رح والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد الامر بن امان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوصا عن حقه في ما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادقة البراءة الدعوى وهو الصحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابرء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك * والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا وقله صاحب اليها عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو برئاً ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المحاطب وهو ظاهر

* فصل *

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشروطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حملة على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المافع بمال كما اذا كان اوصى بسكنى داره فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان

(كتاب الصلح — فصل *)

في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح وان اصاب من جنابة العمد او الخطاء صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الي ولي القتل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جنابة القتل العمد * واما المعنى الآخر وهو المروى عن عمرو بن عباس رضي الله عنهما فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من الفصاص بان كان للقتل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو ادية على حصصهم من الميراث فانباع بالمعروف اي فابتاع الدين لم يغفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حته وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهر اذ اقل ابن عباس رضي الله عنهما انه انزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة الكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح من دم العمد فانه في معنى الكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتدل الفسخ بالتراضي واذ اكان في معاملة فسا صلح ان يكون مسمى في الكاح صلح هه فافوص الحكة على سكنى دار او خدمة عبدة سنة جار لان المنفعة المعلومه صلت صدقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذاك ابدالم بجزلانه لم يصلح صدقة لجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو لازم الا يرى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان ام يصالح صدقا وان اذ صالح اي ان يغفوا من عليه عن قصاص له على آخر حار وان ام يصالح العفو عن الذم ص صدق لان كون الصداق مالا مخصوصا بما بذله تعالى وان اذ يغفوا هو الكرم

(كتاب الصلح — *فصل — ل*)

بما هو لكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفى بكون العوض فيه متقوماً
 والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز ان يقع عوضاً عن قصاص آخر وقوله
 الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن اي لكن
 اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول
 كما اذا صلح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ماضي بسقوط
 حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله
 العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صلح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه
 لما لم يسم مالا متقوماً صار ذكراً والسكوت عنه بيان ولو سكوت بقي العفو مطلقاً وفيه
 لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل
 تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت
 عنه كما قال الله تعالى وَنِّسَاءَهُنَّ مَا فَرَّصْنَا عَلَيْهِمْ فِيْ اَزْوَاجِهِمْ وَمَوْضِعَهَا اُصُولُ النِّسَاءِ * وَتَحَقُّقُهُ
 ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحاً صار
 كما لم يسم مهراً ولولم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذا ههنا وما الصالح فليس من ضروراته
 وجوب المال فانه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صالحاً
 والجواب ان الصلح على مالا يصلح بدلاً عفو ممن له الحق فصيح ان وجوبه ليس
 من ضروراته ويدل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله وبصح من جناية العمد
 الجنائية في النفس وما دونها وهذا اي الصلح من جناية العمد بخلاف الصلح عن حق
 السعنة على مال ماله لا يصح لان حق الشعنة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل
 قبل التملك فاحد الدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة
 حرام اما العصاص فانها كالمحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ
 العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحاً واذا لم يصح الصلح بطل الشعنة لانه تبطل

(كتاب الصلح — فصل*)

بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراز من الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز عن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء بالمكفول له وصالح المكفل على شيء من المال على ان يأخذه المكفول له ويخرج المكفل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال غبران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهي رواية ابي حفص وبه يقتضى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا استطعت لا تعود* وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعرض لم يستطع جأما

واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احدى مقادير الدية او الاو الاول اما ان يكون منفردا او منضمما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز بالزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تدبير شرعي فكانت الزيادة ابطالا لبل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يفتا به مال ولكنه شبه الكاح في تقومه بالاعتد فجاء زاي مقدر ارضا عليه كالتسمية في الكاح فان كان منضمما الى العمد كما اذا قتل عمدا او آخر خطاء ثم صالح او اؤهدا على اكره من دينين فالصلح جائز ولا يحب الخطاء الدية وما بقي احب العمد كس دية اربعة اضعاف دية الدار ولا خلاف درهم فصالحهما على ثمانية آلاف درهم فاصحاب الدية اربعة اضعاف الدار والدار سواها ثلثي كما ان صاحب الدية على اربعة اضعاف الدار فانه حاز

بشرطه ان لا يرد الدار الا بالدار ولا بد من شرط الغبض في الملبس لا يكون احترازا عن

(كتاب الصلح — * فصل *)

عن دين الدية بدلين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقدار الدية مثل ان قضى بمائة
من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جازلان الحق قد تعين بالقضاء
في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب
فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيها على بعض المقدار بمنزلة
القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقدار زيادة على مقدار الدية لم يجوز
فكذا هذا **قوله** ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز
فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شاربا خمرا واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوف
على مال ليرتك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بمادفع اليه من المال لان الحد
حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل
الحرام * واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو يدها انها ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة
النكاح وقالت انه طلقها وبات منه وصدتها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم
فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشترع رجل الى طريق
العامه فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم
بذلك * وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلمة اذا كانت على طريق غيرنا فذفض الصلح رجل
من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه
مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين * وقيد بقوله واحد على الافراد
لان صاحب الظلمة لو صالح مع الامام على درهم ليرتك الظلمة جازا اذا كان في ذلك صلاح
للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض الامام عن الشركة العامة جائز وهذا الوداع بيئا
من بيت المال صحيح وحد التذوق داخل في جواب الحد ودلان المذهب فيه حتى الشرع وهذا
لا يجوز عفو ولا يورث بخلاف التخاص **قوله** واذا ادعت على رجل على امرأة نكاحا
هذا بناء على الاصل المار ان الصلح سبب اعتباره باقراب العتود اليه شبهها واذا جحدت

فصل اول در بیان احوال و حال

السكاح فصالحه على مال بدلتها امكن تصحيحه خلعا في جانبها بناء على زعمه وبدلا للمال
لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطئ الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينه
بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان
مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح
الا ان بسلمه بطيب من نفسه فيكون تمايكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة
وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحه على مال بدلتها امكن تصحيحه
في ذلك فوقع في بعضها جازوي بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعدها
بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه يدل له ترك الدعوى وان حول
ترك الدعوى بها فمد ولا عوض دلى الزوج في امرته كما اذا مدت ابن زوجها
وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة ما لم يوجد كانت
دعواها على حالها البقاء السكاح في زعمها فلم يكن ثم شي يقابله العوض فكان رشوة
واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه او ادعى رب
العقود له سبها العتق على مال يجعل به من ائذ لا مكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه
ولهذا يصح على حيوان البهي احل في الدمة ولا يصح ذاك الاستبقاء ليس به مال كالمسكاح
والديات ولهذا لا يصح السام في الحيوان وتجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة
لا ادعى له حر الاصل فجاء الا انه لا يثبت الولاء لا اكار العبد الا ان يفهم الله به
ويثبت الولاء له لانه بعد كونه عبدا لم يكن صلحه بمرأته الا ان ادعى له في حق الولاء
واذا قبل العبد المأذون به فلا يمدد صلحه عن نفسه ام يجزى ان كان عليه دين او لا
وان لم يد له اي العبد المأذون به لا يمدد صلحه عن نفسه وان كان عليه دين او لا
ان رده له من نفسه لا يمدد صلحه عن نفسه ان رده له من نفسه لا يمدد صلحه عن نفسه
ان رده له من نفسه لا يمدد صلحه عن نفسه ان رده له من نفسه لا يمدد صلحه عن نفسه

(كتاب الصلح — * فصل — *)

لأن نفسه مال المولى والاجنبى اذا صلح عن مال مولاة بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا
اما عبده فمن بجارته وكسبه وتصرفه فيه نا فذبيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق
 كالزائل عن ملكه نصاركانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يتلغه وهذا اي الصلح
 كانه شراؤه وهو بملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا
 لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا او صلح عن نفسه
 جاز واجيب بان المكاتب حريداً واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه
 وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتل ان يقتله بعد الصلح
 لانه لما صلح فقد عفا عنه ببذل له فصح العفو ولم يجب البذل في حق المولى فمأخر الى
 ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى نصاركانه
 صلحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك حاز الصلح ولم يكن له ان يقتل
 ولان بتبعه بشيء مالم يعتق فكذا هذا قول ومن عصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل
 الكتاب يسب اليهم النوب يعال ثوب يهودي واما حصه الدار كراشارة الى كونه معلوم
 القيمة فكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة
 فاسنهلكه فصالح من القيمة على اكر منها من القود حاز عند ابي حنيفة رح وقالوا يطال
 العصل على قيمه بما لا يغا بن فيه الناس وقيد بالعصب لانه المحاج الى الصلح غالباً * وقد
 بالقيمي احترازاً عن المالى فان الصلح عن كرحطة على درهم او دنانير حائز
 بالاجماع سواء كانتا اكر من قيمته او لا لكن القمض شرط وان كانتا باعيا *
 لا يلايرم الكالى بالكالى * وقد يكره معلوم القيمة ليظهر العين المتاحس المانع
 من ازوم الزيادة عندهم * وقد يلا استهلاك لان المغصوب اذا كان فائما جار الصلح على
 اكر من قيمته الاحد * وقد بقوله من القود لانه لو صلح على طعام موصوف في الذمة
 حالاً وقبضه قبل الاوتراق جاز بالاجماع * والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابله

١ (كتاب الصلح - فصل ١٠)

عين المصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة رح وعندهما بمقابلة
 قيمة المصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدرهم والدنانير فالزيادة عليها
 بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
 عند اختلاف الجنس واختلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
 فلا يظهر فيه الزيادة ولا يبي حنيفة رح طريقان احدهما ان المصوب بعد الهلاك باق على
 ملك المالك ما لم يقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التصمين
 كان العبد هالكا على مالكه حتى كان الكفن عايه ولو كان آبقا نعاد من ابا فدا كان مذكرا له
 واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد
 ولا ربوا بين العبد والادراهم كما لو كان العبد فائسا والثاني ان الواجب على الغاصب
 رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترددها الا اصل في الغصب فادبا
 تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريا لا بصار اليه
 الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البديل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر
 الغضل ا يكون ربوا وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في التيمي وذكر في الدليل
 الملبى فان وجوب المل صورة ومعنى انما هو في الملبات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا
 انقطع الملبى فمح يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان الملبى
 اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل منه الى القيمة الا بالتضاء فقبله اذا اقر صياح الى الادب
 كان اعتيا صا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
 ونوى بمال الوصالحة على طعام موصوف في الذم الى اجل فانه لا يجوز ان يكون بدلا
 عن المصوب جار لان الطعام الموصوف بمقابلة المصوب نفس وبمقابلة المدة مخرج
 ومما اوعى ابي الدبابة في الادب من عشرة آلاف درهم لم يجزوا جيب ان المصوب
 المستهلك لا يرفع على الركان كالدن والدن بالدين حرام حتى وع احمد على

(كتاب الصلح — * باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

على ذلك حالا جاز وبأن البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعرض دليل ابي حنيفة رح بانه لو باع المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما جاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تملك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة **قوله** واذا كان العبد بين رجلين الى آخره ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله عليه السلام من اعتق شتقا من عبدينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبدان كان معسرا والله اعلم

* باب التبرع بالصلح والتوكيل به *

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قد مه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع **قوله** ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا بالصلح عا فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عا اي ومن وكل في رواية المصنف وروى غير ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهرة على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف رح وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيروا عبرة للاضمان عا كالتوكيل بالزكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بدال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وقد ذكر في شرح الطحاوي والتحفة على اطلاق جواب المختصر ودل صاحب النهاية ما عا به انه لا بد لسودا المسئلة من قيد آخر وان لا يكون الصلح في المعاوضات على الزكافا كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح عا لا ينكر

(كتاب الصلح — باب التبرع بالصلح والتوكيل به *)

معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه
مع الخصم **قوله** وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح رجل عنه بغير امره فهو
على اربعة اوجه * ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال امان قرن بذكر المال
ضمان نفسه اولافالاول هو الوجه الاول * والثاني امان ان اضاف المال الى نفسه اولافالاول هو الوجه الثاني * والثاني امان ان سلم المال المذكور اولافالاول هو الوجه الثالث *
والثاني هو الرابع * ولكن يرد وجهان آخران وهوان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة
امامعرفا او منكرا وكل منهما امان قرن به التسليم ولم يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر
وبقي وجهها حكم المعروف ولكن عرف به وجهه حكم المعروف المسلم بذكر التسليم في المنكر
فبقي حكم المعروف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العددا الضعيف ووجد آخراما
وجه الاول فانه اذا صالح بمال وضمن تم الصلح لان الخصم صلح للمدعي عليه ليس
الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساط
يتلشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضاف الى نفسه
كالفضولي بالخلع من جانب المرأة انما ضمن المال فيكون متبرعا على المدعي عليه
لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامر فانه يرجع ولا يكون
لهذا المصلح شيء من المدعي اي لا يصير الدين المدعي به ملكا للمصالح وان كان
المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان استحقيقه بطريق
الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا اسقط لم يبق شيء فأي شيء يستلذه بعد ذلك ولا فرق
في هذا اي في ان المصلح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا
اما اذا كان منكرا انما مر لان في رعه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما
اذا كان مقرا انما اصحح ان بيعي ان يصير المصالح مشتركا في ذمته سادس الا ان
شراء الدين من غيره من عليه الدين تمايكده من غير من عليه وهو ان يجوز وهذا بخلاف

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين)

بخلاف ما اذا كان المدعى به عبنا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتربا لنفسه اذا كان بغير امرأة لان شراء الشيء من مال له صحيح وان كان في يد غيره فوجه الوجوه الباقية المذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالتعقد موقوف اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الفبي ينفذ على المصالح والتوقف في ما اذا قل صالح فلانا على الف درهم من دعاك على فلان فان فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

* باب الصلح في الدين *

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدى يكون بعد العموم **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بتعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي * وقيد بتعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لا من المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف درهم جيار حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز ان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لا فصاحته الى الربوا فجعل اسقاط للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصنف في الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسبية وهو ربوا فانه لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بتعقد المداينة فيحمل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبية فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا

(كتاب الصلح — باب الصلح في الدين)

بالعقد حتى يكون استيفاءه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسبة لا محالة فيكون
خمسائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك
احتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه
عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا الان حرمة ربوا النساء ليست
الاشبهة بمبادلة المال بالاحل فحقيقة ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه
على خمسمائة يرض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز * والاصل ان المستوفي اذا كان ادون
من حقه فهو اسقاط كما في العكس واذا كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة
غير مستحقة له فلا يدكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف
وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبه رجة فصالحه على الف درهم بخبة نقد بيت
المال فهو اجود من البهجة وجاز الصلح والزيادة موحودة اجاب بقوله وبخلاف
ما اذا صلح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه
يعتبر التبعض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كالمسئلة
الاولى وانها قولت بخمسمائة من السود وهو ربوا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد
والردي في ذلك سواء يدايد ولو كان عايد الف درهم ومائتي دينار فصالحه على مائتي درهم
حاله او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا لا دناير كلها والدرهم الامانة ان كانت
الذراية اطا اذ لك وناجيا لا ما في ان كانت مؤجلة نصيحة الماعدار لان معنى الاسقاط
فيه الزم لان مسمى الصلح على الخطيئة والخطيئة هيما اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى
المعاوضة **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم حاله فقال
ان الذي غدا صلبا سمانا على انك بريء من الفصل بعمل في بريء ميل معا فقل
مهودي في الفصل بغير ان يكون معاوضة وانى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي
فان لم يدفع له ما عليه من الدين الا ان كان في قول الحسين ومحمد بن صالح و

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين *)

وقال أبو يوسف رح لا يعود عليه إلا في لأنه أبرأ مطلق إذ ليس فيه ما يقيد إلا جعل أداء
خمس مائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والأداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة
أن يستفيد كلوا حد ما لم يكن قبلها والأداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجري
وجوده أي وجود جعل الأداء عوضا مجري عدمه فبقي الأبرأ مطلقا وهو لا يعود
كما إذا بدأ بالأبرأ بأن قال أبرأتك عن خمس مائة من ألف على أن تؤدي غدا
خمس مائة ولهما أن هذا أبرأ مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يغوت بغواته أي عند فواته
فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشرط عندنا لكنه عند انتفائه فانت لبقائه على عدم
الأصلي وموضعه أصول الفقه * وإنما قلنا أنه مقيد بالشرط لأنه بدأ بأداء خمس مائة في الغد
وأنه يصلح غرضا إذا فأسه أو توسلا إلى تجارة أربح فصلح أن يكون شرطا من حيث
المعنى وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكأنه منهما قول بموجب العلة أي سلمنا أنه لا يصح
أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا يبا في أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط وقوله ولأنه متعارف
معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن كلمة على المشرط لا أحد المعنيين أما لوجود المقابلة وأما
لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيدا للأبرأ الباقي والمعروف
عرفا كما لمشرط شرطا فصار كما لو قال أن لم تقدم غدا فلا يصلح بيننا **قوله** والأبرأ مما يتعين بالشرط
وأن كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الأبرأ بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل
إذا أديت أو متى أديت التي خمس مائة فأننت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد
والشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه أنهما متغايران لغطا ومعنى أما العطا فهو
أن التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما
معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عريضة أن يزول أن لم يوجد الشرط

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين *)

وفي التعليق به الحكم غير ثابت وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط * والفقه في ذلك ان في الابرأ معنى الاسقاط والتملك * أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعناق والعفو عن القصاص * وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق العناق والطلاق بالشرط وتعليق التملك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابرأ له شبهة بهما فوجب العدل بالسبهيين بقدر الامكان فقلنا لا يتحمل التعليق بالشرط عملاً بشبه التملك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التمسك به عملاً بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن منه حرف شرط وليس في ما نحن فيه حرف شرط وكان مقيداً بشرط والمقيد به يفوت عند فواته يعني انه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته **قوله** كما في الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني انه لما كان مقيداً بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة وان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلساً عاد الدين اليه ذمته المحيل **قوله** وسيخرج البدائة بالابرأ وعُدَّ بالجواب عما قال ابو يوسف رَحِمَهُ اللهُ كما اذا بدأ بالابرأ واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجود الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعاقب الابرأ باداء البعض لا يخلو ما ان بدأ بالاداء او لا فان بدأ به فلا يخلو ما ان يذكره بقاء الباقي على المدينين صريحاً عند عدم اوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول * وان ذكره فهو الوجه الثاني * وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو ما ان بدأ بالابرأ او لا فان بدأ به فهو الوجه الثالث * وان لم يبدأ فلا يخلو ما ان بدأ بحرف الشرط او لا فان لم يبدأ فهو الوجه الرابع * وان بدأ فهو الوجه الخامس أما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والباقي وهو ما عرِّد باستخراج الجواب مبني على ان البابت او لا لا يزول بالشك فاذا عدم الابرأ حصل ما قلناه من كونه مبدءاً ومع الشك لا بد ان كان عرضاً فهو باطل كما تقدم فلم ينزل به الاطلاق وان شرطاً تقيده ووزن الاطلاق اذا وقع الشك لم يثبت البابت او لا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهرا ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق
الازمان فلا يصح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقيد فلم يبق الا جهة العوض
وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان البراء لا يحتمله فلا يكون
صحيا ومن قال لا آخر لا اقر لك بما لك علي حتى تؤخره عني او تحطه عني بعضه
ففعّل اي آخر او حطّ جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة
في الحال ان آخر وأبدأ ان حطّ لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البيّنة او التحليف لا يقال
هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقل ان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا
بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان يبيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا فاما اذا
قال علانية يؤخذ المقرر بجميعه

* فصل في الدين المشترك *

آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلوا المفرد **قوله** فاذا كان الدين
بين شريكين اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه
بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف التوب من الشريك
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض
واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه
في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية
الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة
وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد
فلا جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة
بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض
فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه

(كتاب الصلح — باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحقق كتم مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عديدين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسائة وباع الآخر منه نصيبه بخمسائة وكتباعا عليه صدقا واحدا بالفي درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك * قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفى بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزداد على هذا وبقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساوى في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كنفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه في ما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف رح انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته * ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه في ما قبض لما لا من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قوله** ولو اشترى احدهما بصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمه ربع الدين وليس الشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمفاضة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملاي من غير حطيطة واغراض لان مبيع على المالك كسده ومنه لا يتوهم فيه الاغراض والحطيطة بخلاف الصلح لان

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض لما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاينا في ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود واذ اظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لم تدر في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء حتى تقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلاف باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلاثة لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحتال عليه مغلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقرب ذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بقاء على ان آخر الدينين قضاء من او لهما اذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابراً احد الشريكين عن نصف نصيبه كان المطالبة له بالخمس وللساكت بالعشرة ولو ابرأه عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح خلا لهما

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في مائة الكتب حيث ذكر قول محمد ر ح مع قول ابي يوسف ر ح وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف ر ح قد اطلع على رواية محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله و ابي يوسف ر ح اعتبر التأخير لكونه ابراء موقتا بالابراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والاخر بالنأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولتأمل ان يقول بتأخير البعض هل يتميز احد النصيبين عن الآخر ولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يسئلزم التمييز بذكر ما يربحه في ما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لا امتياز احد النصيبين لاستلزام التأخير الا امتياز فان قيل فقد جوز ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابرء بوجب التمييز بكون بعضه مظلوما وبعضه لا في ما يستحيل فيه ذلك واجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابرء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امر او وجود يلزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك والاتحاد وما يثبت قسمته وذلك عدمي فلان سلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراد احد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما الاحالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار لاموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عيانه او استراه شراء فاسد افهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك فصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم نصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض به الحكم المال من كل وجه لان ما عدا ما دفع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق عند محمد ر ح خلافا لابي يوسف ر ح وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه ونحو

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع * لمحذر ح ان الاحراق اتلاف مال مضمون فكان كالنصب والمديون صار قابضا نصيبه بطريق المقاصد فيجعل المحرق مقتضيا * ولا يي يوسف رح انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك البضع وانه ليس بمال منقوض ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف رح انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه * قيل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطاء يرجع عليه واطلقة في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصة لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة الكاح وارى انه قيد بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء **قوله** واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كرحضة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس المال وبفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازه الآخر فان اجاز فبان المقبوض من راس المال مشترك بينهما وما بقي من السلم مشترك بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل ونال ابو يوسف رح جازا اعتبارا بسائر المديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههما وما اذا اشترى عبدا قال احدهما في نصيبه بجاه مع ابر هذا الصلح اقله وفسخ عقد السلم ولا يي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان في احدهما

(كتاب الصلح باب الصلح في الدين * فصل في الدين المشترك)

لوجاز فاما ان اجاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزمه
قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تميز الا بالتقسمة وقد تقدم
بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لنا وله بعض نصيبه قوله بخلاف شراء العين
جواب عن قياس ابي يوسف رح المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء
العين فان اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم الحذور المدكور فيه في السلم
وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف رح قوله وهذا لان المسلم يده يعني ان المسلم
فيه في ذمة المسلم اليه انما صاروا جبا بعقد السلم والمقد قام بهما فلا يبرء احدهما بر فعد *
والثاني انه لو حاز الصلح لشاركه في المتبوض من راس المال لان المصلحة واحدة وهي
مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عاينه بالتقدير الذي تحت الشريك
حيث لم يسلم له ذلك التقدير وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واترض بان هذا
المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شارك صاحبه في النصف
رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب باننا اخذ بدل الدين
واخذة يوفون بتقدير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان وينبت لكل واحد منهما دين في ذمة
صاحبه لان الديون تنضى بامثالها وفي السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد
السبب قالوا اي المأخرون من مشائخنا هذا الاختلاف بين علما لنا انما هو اذا خالط
راس المال وعقد عقد السلم * واما اذا لم يخالط فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا
وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق
في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز
وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لوجاز لشاركه في المتبوض لان ذلك بانبار
مشا ركنيهما في المتبوض ولا مشاركة عند انفراد كل واحد منهما بما يخصه من راس المال
ومعسا اختلاف المأخزين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس المال اثنى

(كتاب الصلح — * باب الصلح في الدين * فصل في التخرج)

واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءً فصالحوها على نصف ذلك وهو
جزء من اربعة وستين جزءً واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك
في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او بالعكس جازلانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر النساوي لكن يعتبر القبض
في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها
في يده يكتفى بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض صمان بسبب عن قبض الصلح
والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبضا امانة او قبضا ضمان ذب
احدهما مناب الآخر اما اذا اخلف المضمون بنوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان
الذي في يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تحديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن
من قبضه لانه قبض امانة فلا يوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا فضة وغير
ذلك فصالحوها على احد السقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
ليكون نصيبه بمنزلة الزيادة بحقة من بقية التركة وان كان مساويا لصيبه وان لم يعلم مقدار نصيبه
بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا لزيادة العروض وان كان اقل فلزيادة العروض
وبعض الدراهم وان كان مجهولا فغيره شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعارضة
ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر لا بد من العاوض في اية بل حصته من الذهب والفضة لانه
صرف في هذا التقدير وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم حاله استصادق
اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها
من المهر والميراث جازلان المدفوع اليها حينئذ لقطع المازنة لا بعداء اليمين وايسر
في ذلك ربوا وان كان بدل الصلح عرضا حازما فاما ان لم يوجد الغاوض في المجلس
اولا وكادت في التركة دراهم ودينارين وبطل الصلح كذلك جازلانه كيف ما كان
صرفا للجنس الذي خلافه كسافي البيع ولكن لا بد من القبض في المجلس لانه صرف فلو ائله

(كتاب الصلح -- * باب الصلح في الدين * فصل في النخارج)

قوله وإذا كان في التركة دين على الناس وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صلح من الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا أما في الدين فلأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصّة المصالح وأما في العين فلأن اتحاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه إسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه من الدين منبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربو وهو قول الشيخ الأمام ظهير الدين المرغيناني بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه أبي جعفر لا احتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو اقل ففيه شبهة النسبة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل أو الموزون لكنها أعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك قبل لا يجوز لكونه بيعا إذا لا يصح أن يكون أبراء لأن المصالح عنه عين والأبراء عن العين لا يجوز وإذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست بمعضية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فمأثمه احتياج إلى التسليم حتى يتمضي إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لا حياجه إلى ذلك وإن كان على الملت دين فاما أن يكون مستغرقا أو غيره فنفي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي

(كتاب المضاربة)

ان يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال
الكرخي انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك
الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل تضاؤه ووجه القياس
ان التركة لا ينظر عن ذليل الدين فيقسم نفعيا للضرر عن الورثة والله اعلم

* كتاب المضاربة *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مستند من الضرب
في الارض وسمي هذا العقد لان المصارب يسير في الارض غالباً طارداً راجعاً الى ثلثه تعالى
وآخرون يضربون في الارض ينبغون من تضرل الله * وفي الاصطلاح دفع المال الى
من يتصرف فيه لبدون الربح بينهما على ما شرطاً * ومشروعيها للمعاذ، ايها وان الناس
بين غني بالمال وغني عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صغر البداي خالي اليد
عن المال فكان في مشروعيها انتظام مصلحة الزكي والغني والفقير والغني * وفي الحقيقة
راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهي تعاقب البقاء المقدرة بتعاطيها * وركها
استعمال العاقل تدل على ذلك ميل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملته
اوخذ هذا المال او اعدل به على ان ما رزق الله فكذا * وشروطها نوعان صريحة وهي
ما يبطل العقد بغواته وفاسدة تعسد في نفسها وبقي العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك * وحدها
الوكالة عند الدفع والشركة بحد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام بيان ان ثبتها بالاسنة
والاجماع فانه عليه السلام بعث وأساس يبشرونه فقرهم على ما روي ان عباس بن عبد المطلب
رضي الله عنه كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك له سبيل ولا ينزل ولا يـ
والله تربي به، ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فنهى عنه ونهى النبي عليه السلام، وابعاده من اقسام السند على ما عاينته وسمعت به
منهم من غير تكبير فكان اجماعاً **قوله** ثم ان فروع الى المضارب، الله في يده

(كتاب المضاربة)

يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البذل
كما لقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة
ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء
من المال بعمله وهو شائع في شركته واذا افسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل
لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة
اذا افسدت ويجب اجر الممثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي منه على مال غيره **قوله** المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على
الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة في ما ذابسه
المصنف رح بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في رأس المال مع الربح لان رأس المال
لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب
ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انقضاء العقد بانقضاءها لان المضاربة عقد
على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة
واو شرط للمضارب كان قرصا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي صح به الشركه وهو
ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله او فلوسا
رائجة عند محمد رح وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولودفع اليه عرصا
وقال بعده واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافه من حيث التوكيل
واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالراء او الاجارة بالزاي وكل منهما
يقبل الاضافه الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف
الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا اوال المضارب ابض مالي على فلان واعمل به
مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافه وبخلاف ما اذا اوال اعمل بالدين الذي في ذمتك
لي فانه لا يصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اخذ الاصل الترخيب اما عند ابي حنيفة رح فلان

(كتاب المضاربة)

هذا التوكيل لا يصح على ما هو في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب
 الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمروا أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره
 وإذا لم يصح كان المشتري المشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري المشتري كان
 رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فإن التوكيل يصح ولكن
 يقع الملك في المشتري للأمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز **قوله** ومن شرطها
 أن يكون الربح بينهما سواء من شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مشاعا معناه أن لا يستحق
 أحدهما رأسم مسداً لأن شرط ذلك في الشركة أن يكون لهما حصة في الربح ولو كان في شرط
 جواز الشيء مناف له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسّر ذلك بقوله فإن شرط زيادة
 عشرة دراهم له أجر مملد لفساده لأنه ربح لا يربح إلا هذا القدر فذاع الشركة وهذا أي
 وجوب أجر المملد لأنه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن صاحبه عوضاً عما يملكه لفساد العقد
 ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لأنه نماء ملكه
 فتعين أحرار المملد وهذا التعليل بوجوب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجوز
 بالأجر القدر المشروط عبد أبي يوسف ربح تيل والمراد بالقدر المشروطه أو راء العشرة
 المشروطه لأن ذاك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد ربح يجب بالتمام إلا أن
 كذا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأنه أجبر واحداً لا جبر
 تجب بتسليم المنافع كما في أجبر الواحد فإن في تسليم نفسه تسليم منافع أو بتسليم العمل
 كما في الأجبر المشترك وقد وجد ذلك وعن أبي يوسف ربح أنه لا يجب له شيء إذا
 لم يربح اعتباراً بالمضاربة أصححه فإن فيها إذا لم يربح لا يستحق شيئاً مع أنها فوق العائدة
 بهي العائد أو أي أن مال ما جواب وجد ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي
 فإن العائد العائد ربح حكمه من أصحاب من جنسه كمال في البيع العائد وأجيب بأن العائد
 أنه أجبر بالربح إذا كان العائد العائد ملكاً انعقاد الجائز كما يبيع وهما المضافان إلى صاحبته وقد

(كتاب المضاربة)

تعتقد شركة لا اجارة والفاسدة تعتقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر
عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله في ما عمل والمال في المضاربة الفاسدة
غير مضمون بالهلاك لوجهين * احدهما الاعتبار بالصحة * والثاني ان راس المال
عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غير فلا يضمن كاجير الواحد وهذا التعليل يشير الى
ان المضارب بمنزلة اجير الواحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك
الوقت لاخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجراً مستأجرين في الوقت الواحد كما
لا يمكن لاجير الواحد ان يؤجر نفسه مستأجراً في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر
الهندواني رحمه الله وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده
بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير
المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن
اذا تلف المال في يده من غير صعبه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما الامام الاسيبجاوي
في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال
في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد
ان يكون اميناً وله ولاية جعله اميناً * ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل
في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بما مر جملي فقال كل شرط يوجب
جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان يدفع المضارب دارة الى
رب المال لبسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح
وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت
حصة العمل محبولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتفسد الشروط كاشتراط
الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يازم
غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة بقليل شرط العمل على

(كتاب المضاربة)

رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجي فلم تكن القادمة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس اذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح لجواز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قوله** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون رأس المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه، بتصرف او عدل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشراك لان المال في المضاربة من جانب والعدل من جانب فلا بد من التخاص للعدل ليتمكن من التصرف فيه وبثه يد غيره يمنع التخلص واما الشراك فالعدل فيها من الجانبين فلا شرط خلوص اليه لاحدهما انتفى الشراك وشرط عدل على رب المال مفسد للعقد لانه بمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ذبته ونقاه يد ذي سعة التسليم الى المضارب وكذا احد المتعاضدين واخذ شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لتمام ملكه وان لم يكن عاقدا اذا شرط العاقد الغير المالك عدله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي اداد فباعه الم الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جرت لانه من اهل ان باع الم الصغير مضاربة بكان كالا جنسي وكان اشتراط العمل عليهما بنجزة عن المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا واستثنى يد تصرفه فانه في ذم المالك في ما يوجب في التصرف فكذا في ما يوجب في دفعه معا من صحة العمل وانما اذا اشترط المضارب المالك المضاربة فلا يكون مقيدا له وان ولا كان فاعرف ان في ذلك مضاربة ولا يوجب ذلك فيجوز ان يبيع بقدا

(كتاب المضاربة)

نقد او نسيئة ويشترى ما بدله من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل
الا بالتجارة فالعقد باطلا له ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا
الى المقصود فيوكل ويضع ويودع لايها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من
صنيعهم ولفظ المضاربة مشتقة من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك
وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة رحمه الله ان دفع اليه في بلد
المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه
في غير بلدة له ان يسافر الى بلدة لانه هو المراد في الغالب اذا الانسان لا يستديم الغربة
مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه
وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز
للمضارب ان يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء
لا يتضمن من مثله ولا يرد جواز اذن المأذون لعبدة وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة
للمستأجر والاعارة للمستعير في ما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما تجانسها
وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة او الاوالة كالة ثانيا وليس للمودع
والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي
سيجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهم ادونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض
فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم في ما هو من صنيع التجار
وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح
لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن
صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت
المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعددت جهات الجواز فينبغي
ان يترجح على جهة عدم اجيب بان كلامنا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح

(كتاب المضاربة)

غيرها بها كما عرف وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذ الميسافر فيجب رعايتها توفيراً لما هو المقتصود وهو الربح وليس له ان يبيع من يخرجها من تلك البلد لانه اذ الميسالك الاخراج بنفسه لا يملك تعويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد واشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصباً وان لم يستورده الى بلده الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبنائه في يده بالعقد السابق فان قبل قوله ورجع المال مضارب بديل على انه ائنه واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية ذهي روايتنا اجماع الصغير لم تنزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وما على رواية المبسوط فانها زالت زوالاً موقوفاً حيث حمدته بنفسه الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصير الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصير على المضارب بل ما ينشأ من البقاء في يده بالعقد السابق وما اذا اشترى ببعضه فيه وبيع بعض آخر في غيره فهو عادم لما استراه في غيره وله ربحه رايه وفي بعضه لتحقق الخلاف منه في ذلك التدوير الثاني على المضاربة ان ايس من ضرورة صيرورته صاماً البعض المال ابتداء حكم المضاربة في ما بقي وفيه نظر لان الصنفه واحدة وفي ذلك تدويره والاجواب ان الجزء معتبر بالدل وتفريق الصنفه موصوع اذا استلزم ضرراً لا ضرراً فاما اذا لم يضره فليس له ان يبيع به اجماع الصغير والمبسوط والمصنف رجع بالتصحيح بالرواية ان الزوال احد الازداعي المتصور الذي عساه الضمان بوجوده بمس الاخراج وانما شرط السراء يعني في اجماع الصغير المتصور

(كتاب المضاربة)

للتقرب الى اصل الوحوب وهذا بخلاف ما اذا قال علي ان يشتري في سرق السكوفه
حيث لا يصح التقييد لان المصروع تبين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح
باللهي فذل اعدل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونقض
بما لو قال علي ان تبع بالنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني
على اصل وهو ان التقييد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع
عند النهي الصريح لغو وعند السكوت عنه * فالاول كالنخصيص ببلد وساعة وقد تقدم * والله اني
كصورة النقض فان البيع نقد ابشمن كان عن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا *
واما الثالث فكان النهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اما كن مخالفة
حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها
وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصروع تبين اطرافه
جعل كمكان واحد كما اذا شرط الابداء في السهم ان يكون في المصر ولم يبين المخالفات متناه
حالة التصريح باللهي لولاية الحجر ولم نعتبر عند السكوت عنه قوله ومعنى النخصيص
ذكر الفاظ تدل على النخصيص وتقدم الكلام وهو معنى النخصيص يحصل بان يقول كذا
وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على النخصيص وما لا يدل
وجملة ذلك ثمانية * ستة منها تعيد النخصيص * واثنتان منها تعتبر مشورة والاصابط للتمييز ما يفيد
النخصيص عما لا يفيد وهو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به
ويصلح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغوا اذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا
بما تقدم لانه ضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال علي ان تعمل كذا او في مكان
كذا او في حدة قبل به بالكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المصنف رح يحتملها او قال
خذ هذا بالكوفة او قال خذ هذا بالنصف بالكوفة او قال لا تعمل بالكوفة ولم يذكر المصنف رحمه الله
الان قد تقدمت بل بالرفع عطية معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء به حيث لا يصلح

(كتاب المضاربة)

ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا وبقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصلح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطاً اذا المنع منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصروف قوله تعمل به في الكوفة تفسير قوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الغاء فبهما لا وصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذ به بالوصف بالكوفة لان الباء لا لاصق وتقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملاصقا بالكوفة وهو يكون العمل فيها واذ قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالوصف اعلم بالكوفة بغير واو به فقد اعقب ما يصلح الابتداء به اما بغير واو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء بها فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كأنه قال ان فعلت كذا كان النفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله ادالي الفأوانت حراً جيب بعد م صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ ولو دل خذ مضاربة على ان تستري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة الشئ به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا دل على ان تستري بها من اهل الكوفة او دفعها الى المرفق على ان تستري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول بعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذ استري بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي ودادة الماني التقييد بالوع وهو الصرف واذ حصل ذلك لا معتبر به **قوله** وهذا هو المراد عرفا لا في ما وراء ذلك يعني غير المختار في الاول والنوع في الماني دامل على المعيد وتضمن الجواب عياضاً ان ذلك يدل عن مقتضى اللفظ فان مدعى ان اهلها ان يكون شراءه من كوفي لا من غيرهم كان بالكوفة او بغيرها رتبة ان مقتضى اللفظ بذكر بدالة العرف والعرف بذلك المانع عن الخروج عن الكوفة بدلالة ذلك في ذلك مما لم يخص المعاملة بالعرف بشخص بعينه مع

(كتاب المضاربة)

مع تفاوت الأشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله وكذلك
ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان **قوله**
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال ليس للمضارب ان يشتري
من يعتق على رب المال للغير اذ اذ غيرها كالمحلول بعته لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعته فالتقيد
لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا
ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار
التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الوكيل وقيد بقوله اشترى عبدا ابيعه
فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا وهذا اي واكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لا انتفاء التصرف فيه
لتحصيل الربح بخلاف البيع المفسد لان دونه قد يفسد فممكن من حصول المقصود ولو فعل
اي اشترى من يعتق على رب المال صار مضربا لمفسدون والمضارب لان الشراء متى
وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالتوكيل في شراء داخل وقوله متى وجد نفاذا احتراز
عن الصبي والعبد المحجورين فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان
نقد الثمن من مال المضاربة فينخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع
البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة
دنيا عليه واما شراء من يعتق على المضارب فبفيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح اولا
فان كان لم يجز له ان يشتري لانه يعتق عليه نصبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز
دفعه لكونه ممتصيا عند ابي حنيفة شرع او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزئ
العتاق فيه منع المضارب فينتفى المقصود وان شراهم من مال المضاربة ضمن لانه بصير
مشتريا البعد لنفسه فيضمن ان كان نقد الممن من مال المضاربة وان لم يكن في المال

(كتاب المضاربة)

ربح جازان يشترى بهم لا انتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة فيه فاذا ازادت قيمتهم
 بعد الشراء عتق نصيبه منهم ملكه بعض فريده ولم يضمن لرب المال شيئاً لان ازدياد القيمة
 وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره
 كالمرأة اشترت ابن زوجها فماتت وترك زوجها واثماً عتق نصيب الزوج ولا يضمن
 لآخيه شيئاً لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال
 وحصة رب المال من الربح لانه احتبست ما يده العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما
 في الوراثة **قوله** وان كان مع المضارب الف بالشف وان كان مع المضارب الف بالنصف
 فاشترى بها حارثة قيمتها الف فوطئها فجاءت بوادي ساوي الف افاد عاه ثم بلغت قيمة العلام
 العا وخمسمائة والمدة عي موسر وان شاء رب المال اسنسى الغلام في الف ومائتين وخمسين
 وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئاً وانما قيد بقوله والمدة عي موسر لفي شبهة هي
 ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان
 الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسراً
 ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في النظر مراد ورها من اهلها في محلها
 حسداً على العرائس الكساح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلفت منه لكنه
 اي الادعاء لم يرد لثبوت شرطه وهو الهاك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام
 مستحق براس المال كمال المضارب اذا صار اعياناً كل واحد منهما يساوي راس المال
 كما لو اشترى بالف المضاربة عبد بين كل واحد منهما يساوي الف افاد لا يظهر الربح
 وان لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ودون الملك لا ينبت الاستيلاء
 وأعرض بوجهين * احدهما ان الجارية كانت متعينة راس المال بل الولد فيتنى كذلك
 وتعين ان يكون الولد كله ربحاً * والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين
 كل واحد منهما يساوي الف كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك رجل رسله صح واجب

(كتاب المضاربة)

وأجيب عن الأول بان تعيينها كان لعدم المزاحم لالانها راس المال من راس المال موجودا عندهم
وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعيينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الآخر فاشتغلا
براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والغرسان جنس واحد يقسمان
جملة واحدة فاذا اعتبر اجملة حصل البعض ربما بخلاف العبد بين فانهما لا يقسمان
جملة بل كل واحد يكون بينهما على حياه لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة رح
قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة * واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح
فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار راس المال
فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا
انها لم تغذ ولو موجودا المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق
الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان
باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك وامامنا نحن فيه فاخبار
فجازان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقرب بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صححت الدعوة
ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة
الواد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعتله
ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجود اصله مسئلة السفينة والقدرح المسكر ولا صنع
له فيه فلا يكون متعد يا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين
الاخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى لا احتباس ما ليته عند نفسه
وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه
في الف وما تين وخمسين لان الالف مستحق براس المال وخمس مائة ربح والربح بينهما فلدا
يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل التجارية راس المال والواد كله ربما واجيب بان
ما يجب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والتجارية ليست من ذلك فكان تعيين

(باب المضارب مضارب)

الالف من النخلة لرأس المال انسب للتجانس وفيه نظرا لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد طغقت بالامتيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم ان قبض رب المال الالف له ان يصمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيعاء على الربح ظهوران الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها يجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صعابل بعنمد التملك وقد حصل كما اذا اسنولد جارية بالكاح ثم ملكها هو وعيرة ورأته فانه يضمن اشريكه نصيبه كالاخ تزوج بحاربة اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اطلاق فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اسارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا يصنع له فيه ولم يذكر المصنف رح العقر وهو من المضاربة لانه بدل المافع فصار كالكسب والله اعلم

* باب المضارب يضارب *

مضاربة المضارب مركبة فاخرها من المفرد اختلف علما ونا في موجب الضمان على المضارب ادا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فرمى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح اولم يربح ثم رجع ابو يوسف رح وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر رح لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بعيرة ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتفركونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفان عمل ضمن والا فلا ولا يبيحيفه رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده

(كتاب المضاربة — * باب المضارب يضارب *)

وبعد اذ اضرع والفعلان بملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح
فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لا شراك الغير في مال رب المال وفي ذلك
اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول
او عليهما بالربح والعمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول
كلا منهما فان الاولين اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتيهما جميعا لم يضمنه الاول
لان الثاني اجبر فيه وله اجر مثله فلم تنبت الشركة به الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت
الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم احب
بان المراد بجواز الثانية حيث ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط
لثاني من الربح مقدارا ما تجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح
وهو مائة مثلا والثاني نصفه **قوله** ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول
ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول من قال من المسائخ ينبغي ان لا يضمن الثاني
عند ابحيطة رح وعندهما يضمن بقاء على اخلافهم في مودع المودع ومهم من يقول
رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول
هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عدة لكن لا بد من بيان فرق بين هذه
المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمصلحة الاول فلا يضمن
والمضارب الثاني يعمل فيه لمصلحة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا
ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع
على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال بعينه وان ضمن الثاني رجع
على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعتراض
بان كلامه متناقص لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمصلحة نفسه وهما قال لانه عامل للمضارب
الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته

(كتاب المضاربة * باب المضارب يضارب المضارب)

في الربح وظلم لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه صده لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامل لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حيث ولا لانه مغرور من جهته في ضمن العقد فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الفار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط لان نزار الصان على الاول فكأنه صممه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه به دله رلا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله النصدق **قوله** فان دفع اليه رب المال مضاربه بالصفي هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح * وانما قال بطيب لهما ذلك اي المضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا يرى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور ان لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لاخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فاسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه *

* فصل *

لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غير ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه عاين ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز قوله ولعبد رب المال في مقابلة شيان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب في ما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احتراز عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي عاين ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عدل الاجنبي معه

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في العزل والقسمه)

معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل يجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا * اما ان يكون على العبد دين او لافان لم يكن صحيح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رح لا يصح الشرط والمشرط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رح اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشرط ترتب المال بلا خلاف فاما اذا اشترط ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب نصريحا فهو جائز على ما شرط سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان مأذونا له فاشترط العمل أذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشترط عمله ما نعام من التسليم والتخلى بين رب المال والمضارب بخلاف اشترط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على امر واذا صححت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والبلان للمولى لاني كسب العبد المولى اذا لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى واوعد المأذون له الى آخره ظاهر

* فصل في العزل والقسمه *

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل

(كتاب المضاربة بين المصارع والمضارب في الفصل والعزل والقسمة)

المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قوله** وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكلًا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئًا كالوكل إذا دفع الثمن إليه قبل الشراء وهلك في يده بعده فإنه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكلًا لانعزل إذا عزل رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل إذا علم به وبأنه لو كان توكلًا لما عاد المضارب على مضاربته إذا تحقق رب المال بدار الحرب مرتدًا ثم عاد مسلماً كالوكل والجواب عن ذلك كله سيأتي وإذا ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني إذا لم يعد مسلماً وأما إذا عاد مسلماً قبل انقضاء أو بعده فكانت المضاربة كما كانت أما قبل القضاء فلأنه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة وأما قبل لحوفه فيتوقف تصرف المضارب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط لأن له عبارة صحيحة لأن صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لعلحق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلّقهم به فبقيت المضاربة خلافاً ما يلحقه من العهدة في مباح واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة ربح لأن حكم العهدة يتوقف برده لأنه لو لم يردته تنص من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله

(كتاب المضاربة — باب المضارب * فصل في الغزل والقسمه)

حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قوله** وان
هزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع
جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ايتوقف على علمه واذا علم بعزله
والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنع الغزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع نسيئة
لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمه
والقسمه تبني على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينضى اي يتيسر ويحصل بالبيع
ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالنمن شيئا آخر لان الغزل انما يعمل ضرورة
معرفة رأس المال او قد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله ورأس المال دراهم اردنا نبر
فقد نضت فلم يجز له ان يتصرف فيهما لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح الظهوره
فلا ضرورة في ترك الاعمال قال المصنف رح هذا الذي ذكره اذا كان من جنس
رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب انه ان بيعها
بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض **قوله** وعلى هذا
موت رب المال يريد به ان الغزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي
كل موضع لم يصح الغزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل الغزل
لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين الغزليين واذا افترا في المال
ديون وقدر بربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير
واجرة الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع
والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد رأس المال على الوحة الذي قبضه
واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض ولا يتم الواجب الا به فهو واجب اجب بالانسان
ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقل له وكل رب المال في الاقتضاء
فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق الغد ترجع اليه فان لم يؤكل

(كتاب المضار ~~بما~~ المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله وكل والمُرَاد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهما شتمالهما على النقل وإنما فسر به ذلك لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني أن الوكيل إذا باع وانعزل يقال له وكل الموكّل بالافتضاء وأما البيّاع والسّمسار وهو الذي يعمل للغير بيعاً وشراءً فإنهما يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بالأجر عادة وإذا وصل إليه أجره أجبر على إتمام عمله واستجارة قلما يخلو عن فساد لأنه إذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لأن الشراء لا يتم إلا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يسأله وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له أجر فيكون وكيلاً معيناً له ثم إذا فرغ من عمله عوضه بأجر المثل هكذا روي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله **قوله** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الأصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى ربه قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه أو قال عليه السلام فرائضه ولأن رأس المال أصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الأصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان عليه لأنه أمين وإن اقتسما تراد إلا أن القسمة تعيد ملكاً موقوفاً إن بقي ما عدل رأس المال إلى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً وإن هلك بطلت القسمة وتبين

أن المقسوم رأس المال

* فصل في ما يفعله المضارب *

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة الأمانة تنبيهاً على مقصودية أفعال المضاربة بالإعادة **قوله** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

صنيع التجار يتناول اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا ان اباع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما لحمله عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكربها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة النجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المصاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد رح انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة * والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولتوابع نفد انهم اخر النمن جاز بالا جماع اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر النمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاه وكالته واما عند ابي يوسف رح فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولوقبل المضارب الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو قال العقد مع الاول ثم باعه بمنزلة على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر * ثم ذكر الاصل في ما يفعله المضارب بانواعه الثلاثة وهو ظاهر ثم قال لا يزوج عبدا ولا امته من مال المضاربة

(كتاب المضاربة * باب المضارب * ففصل في ما يفعله المضارب)

لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتنس من الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف رحم تزويج الامة
لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النقطة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه
كسب فصار كالا عتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة ^{قوله} فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بصاحبة فاشترى به
رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لفرح قال رب المال تصرف في مال نفسه
بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء
ولنا ان الواجب هو التخليد وقد تمت فصارت تصرف حقة للمضارب وله ان يوكل ورب المال
صالح اذ لك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فرب المال
اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردا بخلاف ما اذا شرط العدل عليه ابتداء
لانه يمنع التخليد فان قيل رب المال لا يصلح وكيلان الوكيل من يعمل في مال غيره
ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في مال نفسه اجيب بان رب المال بعد التخليد صار
كالا اجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب
بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب مالها فلوجوزناه ادى الى قلب الموضوع
ولقاتل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخليد كالا اجنبي اولا فان كان الاول جائز
المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فانياس شمول الجوار او عدمه والجواب
انه صار كالا اجنبي قوله جائز المضاربة فلما ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع
وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما عر وليس المال من لوازمه
فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس ا
رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المص
الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضارب
لم تصح المضاربة الثانية بقي عدل
كلام المصنف رحمه يومهم اختصاص
كذلك فان الدليل لم يفصل بين

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وتنبه بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضارب بقدر منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال حاصلا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار رأس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقص الصريح اذا كان رأس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى قوله وادا عمل المضارب في المصروفين بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا ان تركناه في ما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتصور بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حين التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلوا نفق من ماله يتصرربه وحكم المضاربة العائدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقد م وبقي معد شيء منه ردة في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معد شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذا ذاك لها والنفقة هي ما يصرف الى او كراء كل ذلك بالمعروف واكان من معدات تمييز المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلا ابنة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويلا

(كتاب المضاربة باب * المضارب * فصل في ما يفعله المضارب)

ويقل معاملوه فصار آبه تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل
في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لإصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب
قوله وإذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ
رب المال رأس ماله كاملا ليكون النفقة مصروفة الى الربح دون رأس المال فاذا استوفاه
كان ما يبقى بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما انفق مرا بحة حسب
ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ ولا يحسب
ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها
ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وفد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة
على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيد القول وان صبغها
احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند ابي حنيفة رح
لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلاف ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك
ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته
مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرا بحة قسم
الثلث هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما
حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فانه ليس
بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فزاد القيمة به ضاع
فعله وكان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المنصوب لم يضع بل يتخير
رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه
وبين ان يضمه جميع قيمة الثوب ايض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب
كذلك فالمضارب لا يكون اقل حاله فان قل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ
كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن بالغاصب، بل تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر ١

في مضارب قيل لها عمل برأيك وذلك يتناول الخلط والصبغ اخسهما به مال المضارب
فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن* وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذوناً
بهذا العمل او غير مأذون فان كان مأذوناً وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب
كالمغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه
استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك الله اعلم

* فصل آخر *

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قوله** فان كان
معه الف ما ذكره المصنف رح واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبائع
بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فليضمن على المضاربة والربح بينهما
على ما شرطوا ضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها* وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة واشترى بها بزاز فهو مضاربة فاذا باعه بالعين ظهرت
حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع
الثلثين له وثلاثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب
وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية
لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب
امين فيكون الضمان منافياً لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لا بطل ما غرم لانه يحصل
ان يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً بنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة آلاف
صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلثة آلاف فذلك على المضاربة
لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان
كذلك كان رأس المال في ذلك الثمن وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين **قوله**
وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغائر المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الف

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل آخر)

مع بقاء العقد ومقصود المضارب استعادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة عدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به العا لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المراجعة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة ثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله **قوله** فان كان معه الف بالصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء كان الدفع والغداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فملكه ارباع الغداء على رب المال وربعة على المضارب لان الغداء مؤنة الملك فينقد رنقده وكان المالك بينهما اربعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا اعتق الربح ان كان العبد قريبه والف وهو رأس المال وفي العين بالوحدة احتراز عما اذا كانت عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة امانصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الغداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالغداء ما يخصه والمضاربة ^{في} لقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الا لفان في المسئلة المتقدمة ^{في} سهي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العائد والدفع و غداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد كالزائل لانه استحق بجنبه والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع الغداء كابداء الشراء فيكون العبد بينهما اربعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم برى ^{في} المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع الايمان فان العبد فيها على المضاربة فان ^{شترى بها عبدا وهلك قبل النقد} الى المائع جمع المضارب على رباه ^{وبكون رأس المال جميع} ما يدفعه لان له في يده امانة وقد هلك وبقي ^{هو عامل الرب} ^{سوجب}

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الاختلاف)

فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون بقبض المضارب ليس بمضمون بل هو مائة ومبنيهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عند العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة بجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغمصوب منه ببيع المغمصوب فانه يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغمصوب وجب الضمان ولم يعتبر اميا وبنيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر اجميعا وليس في مانحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متناقضين ولو غصب الغاصب المضارب المغمصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغمصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما يفيده وعلى تقدير نزوتها يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المدة في دفع استحقاقه اجتماعهما وما كونه مستوفيا ثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لا يبرأ من بطل حق الموكل اذا رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه من المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا هون الامر من بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرورة بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الغاصب الى آخره لم يثبت فيه رابطة تجوز الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة ثم ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول وفي الثاني لا يرجع اصلا ووكاله فيه واضح الله اعلم

* فصل * * اختلاف *

اخذ ما قبله لانه في الاختلاف بعد الاتفاق لانه اصل بين المسلمين

(كتاب المضاربة - باب المضارب * فصل في الاختلاف)

قوله وان كان مع المضارب الفان اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي العا ورحت العا وقال رب المال لابل دفعت اليك العين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولاً القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المكرثم رجوع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضميناً كان كالمغاصب او اميناً كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال المضارب كما كان امّا في رأس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهة رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل فبات بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البيات للاثبات واذا كان الاختلاف في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد رحت العا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلته الربح او شرط من جهته بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب افرضتني وقول رب المال هي بضاعة او ودعيه فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضارباً في الاول او قرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التملك واودعي رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال ان يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة

(كتاب المضاربة — * باب المضارب * فصل في الاختلاف)

والبينة لرب المال وان اقامها لانه تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان
قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما ذكرنا
وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذاك نهيا له عن العموم وله ان ينهي عنه قبل التصرف
اذا ثبت منه العموم نصا فلهتا اولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله
واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع بيمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم
والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به
التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص
كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ابرئ
كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهة
والبينة المضارب قال ~~الضمان وعدم حاجة الآخر الى~~
واعترض عليه بان البينة ~~يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى~~
واجب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح الا
الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير ~~والشرطين ينقض الا~~
لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احد لهما دون ~~لرب المال لانه تع~~
بهما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما
رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

قد طبع بعون الله ذي الكفاية الهداية * الجزء الثالث من كتاب الامان سنة الف ومائتين
 وخمسة واربعين من هجرة سيد الانام * على صاحبها الف الف صلوة وسلام * ما اتصلت
 اليا الى بالايا * بهر * شهر من شهر شعبان * للعلامة السبيل امام المحققين * السني
 الهمام * ابا المظفر * والدين * محمد بن محمد بن احمد الحلي توفي سنة سبع مائة وستة
 وثمانين * في دار السلام * رحمة والعرفان وبوابة دار الجنان * نصحيح زبدة العلماء
 المطبوع * في دار السلام * في دار السلام * الساج * الحل * السهري * العالم المتورع المولوي
 احمد كبريتي * والحي * التماسا * المطوق
 الماري * والعال * المحقق البيهقي * تاريخ * سوري * وفخر المذققين المولوي
 محمد بشير الدين * رضى الله عنه * والراي * المستقيم * المولوي محمد كليم * والعال * الملادي
 هـ. بالسجيل احق * المولوي * صادق الدين * وهم * وافاض على العالمين
 بركاتهم * ناهتمام المتحاي * بن الشين * ابي * زمام * بن سبن *
 باي بدرئيس العا * ائق على الزوار * اسي چاند حال *
 را بحكومة كاه

